

دورهٔ مقدماتی

حقوق مدنی

درسهایی از عقود معین

تألیف :

دکتر ناصر کاتوزیان

دورهٔ مقدماتی

حقوق مدنی

درسهایی از عقود معیّن

جلد اوّل

بیع. اجاره. قرض. جعاله. شرکت. صلح

دکتر ناصر کاتوزیان

کاتوزیان، ناصر، ۱۳۰۶ -
دوره مقدماتی حقوق مدنی: درسهایی از عقود معین برای دانشجویان دوره کارشناسی / ناصر کاتوزیان. ـ تهران: کتابخانه گنج‌دانش، ۱۳۹۰. ج ۱.
ISBN 964 - 5986 - 41 - 9 (دوره) ـ ISBN 964 - 5986 - 21 - 4 (ج. ۱)
ISBN 964 - 5986 - 40 - 0 (ج. ۲)
فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه.
مندرجات: ج. ۱. بیع، اجاره، قرض، جعاله، صلح. ـ ج. ۱ (چاپ شانزدهم).
۱. حقوق مدنی ـ ـ ایران. الف. ایران. قوانین و احکام. ب. عنوان.
۹۴ د ۲ ک / ۵۰۰ KMH ۳۴۶/۵۵۰۴
کتابخانه ملی ایران ۷۸ - ۱۴۷۴۵ م





کتابخانه گنج دانش
تهران: خیابان باب همایون، شماره ۳۶، تلفن ۳۳۱۱۰۵۷۵
خیابان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین، شماره ۳۱۴ تلفن ۶۶۴۹۲۱۹۶

دوره مقدماتی حقوق مدنی
درسهایی از عقود معین
جلد اول
برای دانشجویان دوره کارشناسی
دکتر ناصر کاتوزیان

چاپ شانزدهم ـ ۱۳۹۰ ـ تیراژ ۵۰۰۰ جلد
حروف چینی واحد رایانه کتابخانه گنج‌دانش
لیتوگرافی البرز ـ چاپ احمدی ـ صحافی ایران
شابک (جلد ۱) ۴ ـ ۲۱ ـ ۵۹۸۶ ـ ۹۶۴ ISBN 964 - 5986 - 21 - 4 (vol 1)
شابک ۹ ـ ۴۱ ـ ۵۹۸۶ ـ ۹۶۴ (دوره دو جلدی) ISBN 964 - 5986 - 41 - 9(vol. SET)
قیمت: ۹۵۰۰ تومان

فهرست عنوانهای اصلی

صفحه

صفحه

صفحه

نشانه‌های اختصاصی

ق. ا. .... قانون اساسی

ق. ا. ح. .... قانون امور حسبی

ق. آ. د. ک. .... قانون آئین دادرسی کیفری

ق. آ. د. م. .... قانون آئین دادرسی مدنی

ق. ت. .... قانون تجارت

ق. ث. ا. .... قانون ثبت اسناد

ق. ح. خ. .... قانون حمایت خانواده

ق. م. .... قانون مدنی

ق. م. ا. .... قانون مجازات اسلامی

ق. م. ع. .... قانون مجازات عمومی

ق. م. م. .... قانون مسؤولیت مدنی

رک. .... رجوع کنید

ج. .... جلد

چ. .... چاپ

س. .... سطر

ش. .... شماره

ص. .... صفحه

ع. .... علیه‌السلام

عقد بيع

فصل اول

مفهوم و اوصاف بیع

مبحث اول: مفهوم بیع

۱. معنی بیع و تفاوت آن با معاوضه:

همین که اندیشهٔ مبادلهٔ کالاها مطرح شد، نخستین راه‌حلی که به نظر رسید این بود که هر تولید کننده آنچه را زیادتر از میزان نیاز خود دارد با کالایی که خواهان آن است «معاوضه» کند. ولی، رشد نیازهای گوناگون کشاورزی و صنعتی، راه‌حل ابتدایی را دشوار ساخت. زیرا، یافتن کسی که خواهان فرآورده‌های تولید کننده باشد و کالای مورد نیاز او را نیز تهیه کند، ساده نبود. وسیله‌ای لازم بود که این تعاون اجتماعی را آسان کند؛ وسیله‌ای که مورد قبول همگان باشد تا تولید کننده بتواند کالای زاید خود را با آن مبادله کند و با صرف آن مالی را که نیاز دارد تهیه سازد. این وسیلهٔ همگانی، که معیار ارزش‌ها و واسطهٔ بین تولید کننده و مصرف کننده قرار گرفت، «پول» بود. رفته رفته همه این راه ساده‌تر را برگزیدند و کالایی را که بیش از نیاز شخصی داشتند با پول مبادله کردند و از همین جا مفهوم «بیع» به وجود آمد و «خرید و فروش»، به عنوان ساده‌ترین وسیلهٔ توزیع ثروت، متداول گشت. «معاوضه» اختصاص به مبادلهٔ کالا به کالا پیدا کرد و

«بیع» ویژهٔ مبادلهٔ کالا با پول گشت[1].

امتیاز بین معاوضه و بیع در عرف تجارتی ما نیز به همین ترتیب است. امروز، اگر کسی گندم‌های مزرعهٔ خود را با قطعه فرشی مبادله کند، می‌گویند این دو نفر فرش و گندم را معاوضه کرده‌اند و بر چنین معامله‌ای نام «بیع» یا خرید و فروش نمی‌گذارند. همچنین، اگر شخصی اتومبیل خود را در برابر مبلغی پول به دیگری انتقال دهد، گفته نمی‌شود که او اتومبیل را با پول معاوضه کرده است.

مادهٔ ۳۳۸ قانون مدنی این تحول عرفی را دنبال نکرده است و در تعریف بیع می‌گوید: «**بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم**». این گشاده‌دستی بر قلمرو بیع می‌افزاید. زیرا، تملیک عین در برابر هر عوض، خواه پول باشد یا کالا و خدمت، بیع است و دخالت پول در مبادله ضروری نیست. ولی، این پرسش را مطرح می‌کند که تفاوت بین بیع و معاوضه چیست و از کجا می‌توان فهمید که مبادلهٔ دو کالا بیع است یا معاوضه؟

باید دانست که یافتن معیار تمیز بیع و معاوضه آثار مهم عملی دارد: از جمله این که پاره‌ای از خیارات (مانند خیار تأخیر ثمن) ویژهٔ عقد بیع است و در معاوضه راه ندارد. حق شفعه با فروش سهم مشاع یکی از دو شریک به وجود می‌آید، ولی معاوضهٔ این سهم برای شریک دیگر چنین حقی ایجاد نمی‌کند... و مانند اینها.

تمیز بیع و معاوضه وابسته به قصد مشترک دو طرف است: اگر آنان خواسته باشند که دو چیز را بی‌هیچ امتیازی با هم مبادله کنند، توافق آنان تابع قواعد معاوضه است، و هرگاه چنین اراده کنند که یکی از دو عوض مبیع و دیگری بهای آن باشد، قراردادی که بسته می‌شود بیع است. ولی هنوز این اشکال باقی است، که اگر در قراردادی که تنظیم می‌شود نامی از بیع یا معاوضه برده نشود، چه‌گونه می‌توان به خواست واقعی دو طرف پی برد و آیا اماره‌ای دادرس را در این تحلیل یاری می‌کند؟

داوری عرف و اعتماد بر غالب این اماره را در ذهن می‌پرورد: در موردی که اشخاص

۱. امروز اقسام بیع در املاک و تجارت چنان گوناگون است که برای مطالعهٔ احکام آن باید به تحقیق اختصاصی پرداخت و از حوصلهٔ کتابهای مقدماتی خارج است: در این باره، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۱۷۲ به بعد.

در برابر حکم عرف سکوت می‌کنند، نشانهٔ آن است که خواست آنان با آنچه متداول است تفاوت ندارد. پس، هنگامی که اراده‌ها به صراحت بیان نمی‌شود و در ماهیت عقد اختلاف وجود دارد، دادرس باید ملاکی را که عرف در تمیز بین معاوضه و بیع پذیرفته است رعایت کند: مبادلهٔ کالا را به پول بیع بداند و مبادلهٔ کالا به کالا را معاوضه[1].

۲. بیع و اجاره:

واژهٔ «عین» در مادهٔ ۳۳۸ ق.م. برای این است که، مفهوم بیع از اجاره ممتاز شود و تاریخ فقه نشان می‌دهد که قید «عین» در تعریف بیع به همین منظور بوده است[2]. زیرا، اجاره تملیک «منفعت» به عوض معلوم است (مادهٔ ۴۶۶) و بیع تملیک عین به عوض معلوم، با وجود این، گاه تمیز ماهیت عقد دشوار است:

به عنوان مثال، باغداری محصول درختان خود را در یک دورهٔ بهره‌برداری به بارفروشی انتقال می‌دهد. میوهٔ درخت، در عین حال که خود عین مستقلی است و می‌تواند مورد خرید و فروش قرار گیرد، منفعت نیز هست و به عنوان منافع باغ می‌تواند به وسیلهٔ اجاره منتقل شود. پس، باید دید توافقی که در باب انتقال میوه انجام شده بیع است یا اجاره؟

مثال دیگر: شرکتی ماشین‌آلات صنعتی را در برابر گرفتن مبلغی سالیانه در اختیار شرکت دیگر می‌گذارد و شرط می‌کند که در پایان مدت سه سال، اگر مستأجر بخواهد ماشین‌ها را تملیک کند، باید مبلغی سرانه بپردازد تا معادل با بهای آنها شود؛ یا فروشنده، اتومبیل سواری را در اختیار شخصی قرار دهد که او ماهیانه اقساط معینی را بپردازد و با تأدیهٔ آخرین قسط اتومبیل به ملکیت او درآید. دو قرارداد، از جهتی به اجاره می‌ماند و به همین اعتبار «اجاره به شرط تملیک» نامیده می‌شود، و از لحاظ مقصود نهایی دو طرف به بیع نزدیک‌تر است.

۱. در تقریرات مرحوم حاج سید ابوالقاسم خویی (مصباح الفقاهة) می‌خوانیم: «... بنی العقلاء علی تخصیص الثمن بالنقود...» (ج ۲، ص ۸) ـ و در حقوق فرانسه، برای دیدن ارتباط و تفاوت معاوضه و بیع. رک. ژاک گستن و برنارد دشه (Desché)، رسالهٔ قراردادها، بیع، ش ۳۳ به بعد.

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، تحقیق و تعلیق سید محمد کلانتر، ج ۶، ص ۹ و ۱۰.

راه‌حل نهایی از تعبیر ارادهٔ مشترک بر می‌آید. ولی احراز این اراده دشوار است و دادرس را در مقام اجرای قاعدهٔ مناسب به تردید می‌اندازد.[1]

۳. بیع و قرض :

در مادهٔ ۶۴۸ ق.م. می‌خوانیم: «**قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و، در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم‌الرد را بدهد**». بنابراین، قرض نیز، مانند بیع، عقدی است تملیکی و معوض و باید دید چه چیز این دو را از هم متمایز می‌کند.

این امتیاز را با اندک تأمل می‌توان از مادهٔ ۶۴۸ استنباط کرد: راست است که در قرض نیز مالی که تملیک می‌شود رایگان نیست، ولی مبادله‌ای صورت نمی‌پذیرد. مقترض باید مثل آنچه را گرفته است به طلبکار پس بدهد و در آن مفهوم داد و ستد و معامله و سودجویی راه ندارد. ولی در بیع، مالی با مال دیگر مبادله می‌شود و هر طرف می‌کوشد تا مالی را که به دست می‌آورد از آنچه داده است با ارزش‌تر باشد. به همین جهت، در بیع باید مقدار و خصوصیت‌های دو مالی که مبادله می‌شود معلوم باشد. همچنین، معادلهٔ بین دو عوض، اگر به شدت بر هم خورد، طرف مغبون اختیار فسخ معامله را پیدا می‌کند در حالی که هیچ‌یک از این احکام در قرض مصداق پیدا نمی‌کند[2].

تحلیل بیع و قرض این تفاوت را روشن‌تر می‌کند: در بیع، دو تملیک انجام می‌شود و ارادهٔ مشترک دو طرف آن دو را به هم می‌پیوندد و مفهوم مبادله را به وجود می‌آورد. ولی، در قرض چنین رابطه‌ای وجود ندارد؛ وام دهنده مالی را تملیک می‌کند و در برابر وام گیرنده نسبت به مثل آن مدیون او می‌شود و، به عبارت دیگر، باید بدل آنچه را که گرفته است پس بدهد.

۱. برای دیدن مثالهای دیگر و راه‌حلهای پیشنهاد شده، رک. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش ۷ و ۸ و قرائت و تمرین (۱).

۲. در این باره، رک. مرحوم شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ حاج میرزا احمد، ص ۸۰: عقود معین، ج ۱، ش ۹.

مبحث دوم : اوصاف عقد بیع

۴. تحلیل تعریف و استخراج اوصاف :

گفته شد که مادهٔ ۳۳۸ قانون مدنی بیع را بدین عبارت تعریف کرده است: «بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم». از این تعریف، که از فقها گرفته شده است، چنین بر می‌آید که: ۱) بیع عقدی است تملیکی ۲) بیع از عقود معوض است ۳) مبیع باید عین باشد.

گذشته از اینها، با این که بیع از بارزترین نمونه‌های عقد لازم است، در پاره‌ای موارد دو طرف یا یکی از آنان می‌توانند پیمانی را که بسته شده است برهم زنند. پس، لازم است که این وصف نیز با استثناهای آن مورد بررسی قرار گیرد. تاکنون به اجمال مفهوم بیع و موقعیت آن را در میان سایر قراردادها شناخته‌ایم، ولی برای تکمیل این شناسایی، لازم است که اوصاف این عقد را با تفصیل بیشتر بررسی کنیم.

الف : بیع از عقود تملیکی است

۵. معنی تملیکی بودن بیع :

منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع شود. همین که خریدار و فروشنده دربارهٔ مبادلهٔ دو کالا و شرایط آن توافق کنند، مبیع و ثمن خودبه خود مبادله می‌شود و نیاز به ایجاد تعهد و اجرای آن ندارد.

تملیکی بودن عقد بیع، که در حقوق اسلام پذیرفته شده و به عنوان امر بدیهی در قانون مدنی آمده است، در حقوق اروپا امری است نو که هنوز هم پاره‌ای از کشورها آن را نپذیرفته‌اند[1].

در حقوق سویس، هنوز هم بیع در زمرهٔ عقود عهدی است و مادهٔ ۱۸۴ قانون تعهدات در تعریف آن می‌گوید: «قراردادی است که به موجب آن فروشنده تعهد می‌کند، در برابر پولی که خریدار تعهد به پرداختن آن کرده است، مبیع را به او منتقل و تسلیم کند.» و مواد ۷۱۴ و ۷۱۷ قانون مدنی سویس انتقال اموال منقول را موکول به تسلیم آن و مادهٔ ۱۹۷۱ انتقال اموال غیرمنقول را منوط به ثبت در دفتر املاک کرده است (مواد مشابه ۱۹۷۱ در قانون مدنی آلمان مواد ۹۲۹ و ۸۷۳ است).

در حقوق قدیم فرانسه، اصل عهدی بودن بیع پذیرفته شده بود. ولی، مرسوم چنین بود که در سند بیع اعلام می‌کردند که مبیع به تصرف خریدار داده شد و همین اعلام تسلیم برای انتقال ملکیت کافی بود. قانون مدنی فرانسه سنت دیرینه را شکست و در مادهٔ ۱۱۳۴ به صراحت بیع را در زمرهٔ عقود تملیکی شناخت. بنابراین، در حقوق کنونی فرانسه مبیع با عقد منتقل می‌شود نه با تسلیم.

۶. تعارض تملیکی بودن بیع با تعریف عقد :

تملیکی بودن عقد بیع با تعریفی که مادهٔ ۱۸۳ قانون مدنی از عقد کرده است تعارض دارد: به موجب این ماده: «**عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.**» بنابراین، عقد عبارت از توافقی است که از آن تعهد به وجود آید و چگونه می‌توان توافقی را که اثر آن تملیک است نه ایجاد دین عقد نامید؟ راست است که عقد بیع، علاوه بر نقل ملکیت، خریدار و

۱. در حقوق رم، خرید و فروش تنها به وسیلهٔ توافق انجام نمی‌گردید. در اثر عقد، فروشنده متعهد می‌شد که مبیع را به خریدار منتقل و تسلیم کند و انتقال زمانی تحقق می‌یافت که فروشنده مبیع را به تصرف خریدار بدهد. ژوستینین این قاعده را تا اندازه‌ای تعدیل کرد، زیرا تصمیم گرفت که تسلیم اسناد مالکیت و گاه ثبت سند (در مورد هبه) نیز موجب انتقال ملکیت شود: کولن و کاپیتان و لاموراندیر (Colin et Capitant et la Morandière)، رسالهٔ حقوق مدنی، ج ۲، ش ۵۱۸.

فروشنده را نیز ملزم به تسلیم ثمن و مبیع می‌کند ولی، تعهد فرعی که در باب تسلیم موضوع عقد پیدا می‌شود، اشکال را رفع نمی‌کند. مادهٔ ۱۸۳ ناظر به اثر اصلی عقد است، یعنی عقد باید در مرحلهٔ نخست برای ایجاد دین منعقد شود، در حالی که اثر اصلی عقد بیع تملیک مبیع و ثمن است و تعهد فروشنده و خریدار از توابع انتقال مالکیت.

برای جمع دو حکم گفته شده است که، به نظر قانونگذار، اثر اصلی همهٔ قراردادها ایجاد تعهد است، منتها، هرگاه این تعهد به محض ایجاد اجرا هم بشود، عقد را تملیکی نامند. ولی، اگر دین به وجود آید و اجرای آن به تأخیر افتد، عقد عهدی است.[1]

ولی، این تحلیل مناسب با حقوق کشورهایی است که از رومیان الهام گرفته‌اند و بیع را تعهد به تملیک می‌شمرند. در زبان فقیهان ما، واژهٔ تعهد معنی گسترده‌تری از دین دارد و به معنای بر عهده گرفتن و پیمان است و احتمال فراوان دارد که نویسندگان قانون مدنی نیز در مادهٔ ۱۸۳ تعهد را به همین معنی گرفته باشند.[2]

۷. معنی تملیکی بودن بیع در موردی که موضوع عقد عین کلی است :

به موجب مادهٔ ۳۵۰ قانون مدنی: «مبیع... ممکن است کلّی فی الذّمه باشد» مانند یک خروار گندم، یک گوسفند به وزن ۳۰ کیلو یا یک اتومبیل سواری پیکان. در این صورت، پس از عقد خریدار مالک هیچ چیز نمی‌شود، جز این که حق دارد از فروشنده بخواهد که فرد مبیع را تعیین و تسلیم دارد. مصداق گندم یا گوسفند ۳۰ کیلویی و اتومبیل سواری را باید فروشنده تعیین کند و تنها از این تاریخ است که خریدار می‌توانند بر آن ادعای مالکیت کند. پس، چه گونه می‌توان چنین عقدی را تملیکی نامید، در حالی که اثر آن جز ایجاد تعهد برای فروشنده نیست؟

برای حل این اشکال فقها کوشیده‌اند تا عقد بیع را، حتی در موردی که موضوع آن کلی و دین است، تملیکی وانمود کنند. پس، بعضی گفته‌اند کلی نیز در عرف مالی است موجود که می‌تواند

۱. در این باره رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، معاملات معوض و عقود تملیکی، ش ۱۵.
۲. همان کتاب.

مورد خرید و فروش و موضوع حق مالکیت قرار گیرد، همچنان که منفعت آینده را نیز همین عرف مال موجود می‌شناسد.[1] بعضی دیگر کلی را به دلیل وجود مصداق‌های آن موجود پنداشته‌اند. گروه سوم تأیید کرده‌اند که در چنین مواردی قابلیت و استعداد مورد تملیک قرار گرفته است. و سرانجام جمعی، که استدلال دیگران در امکان تملیک واقعی را قانع کننده ندیده‌اند و در عین حال نخواسته‌اند که بیع مال کلی را منع کنند، تملیک را حکمی یا فرضی گفته‌اند.[2] قانون مدنی نیز، با پذیرفتن «*مالکیت فی‌الذمه*»، ظاهراً تملیک ذمه را به گونه‌ای که فقها گفته‌اند قبول کرده است.

ولی، باید انصاف داد که هیچ‌یک از این تعبیرها نمی‌تواند اشکال یاد شده را از بین ببرد. زیرا درست است تعهدی که در اثر عقد به وجود می‌آید ارزش مالی دارد و منطق عرف نیز انتقال آن را می‌پذیرد، ولی در حقوق کنونی به عقدی که از آن تنها تعهد به وجود آید و سبب نشود که انتقال گیرنده بر موضوع این تعهد حق عینی پیدا کند، عقد عهدی می‌گویند نه تملیکی. در مواردی که موضوع عقد بیع کلی است، خریدار بر هیچ‌یک از مصداق‌های آن حق عینی پیدا نمی‌کند، مالک هیچ‌چیز نیست و فقط می‌تواند از فروشنده اجرای تعهد او را بخواهد. این تعهد، در مرحلهٔ نخست ناظر به تعیین مصداق کلی است و با انجام آن تملیک تحقق می‌یابد و همین امر است که بیع مال کلی را از تعهد به فروش آن ممتاز می‌سازد.

حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست. درست است که در اثر بیع مالکیت انتقال می‌یابد، ولی نمی‌توان ادعا کرد که جز به طریق تملیکی تحقق نمی‌یابد، زیرا این اثر موکول بر این است که موضوع عقد در عالم خارج معین باشد.[3]

برای رفع این اشکال، پاره‌ای از استادان بیع کلی را به دو عمل حقوقی و مستقل تحلیل کرده‌اند: بدین ترتیب که در اثر عقد برای فروشنده دینی ایجاد می‌شود که باید وفا کند سپس او فردی را که می‌خواهد انتخاب و به‌وسیلهٔ تسلیم به خریدار تملیک می‌کند.

۱. سید محمد کاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب، چاپ سربی، ج ۱، ص ۱۱۶، میرزا نائینی و شیخ موسی خونساری، منیة‌الطالب، ج ۱، ص ۴۰.

۲. سید محمد کاظم یزدی، همان کتاب، ص ۱۱۷ ـ محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۱۳۱ و ۱۳۲.

۳. ابری و رو، ج ۵، بند ۳۴۹ ـ پلنیول وریپروآمل، ج ۱۰، شمارهٔ ۹.

تملیک داخل در مفاد عقد نیست؛ عمل حقوقی مستقل است که به‌وسیلهٔ قبض انجام می‌شود.[۱]

این تحلیل، از لحاظ موکول ساختن تملیک به تعیین مبیع، درست است، ولی باید به خاطر داشت که تعهد ناشی از عقد ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن. دربارهٔ تملیک عین از پیش سبب‌سازی شده و عقد بیع زمینهٔ آن را فراهم آورده است. پس، نمی‌توان ادعا کرد که با تسلیم مبیع عقد جدیدی در باب تملیک بسته می‌شود. اعتقاد به وجود چنین قراردادی مستلزم این است که خریدار نیز در قبول یا رد فردی که فروشنده برای تملیک انتخاب کرده است دخالت کند، در حالی که او چنین اختیاری ندارد. این عمل حقوقی، مانند کاری است که هر مدیون در مقام وفای به عهد می‌کند، زیرا او است که باید یکی از مصداق‌های کلی را انتخاب و به طلبکار بدهد (مادهٔ ۲۷۹ قانون مدنی).

به عنوان نتیجهٔ بحث، *می‌توان گفت، عقد بیع در هر حال اقتضای تملیک را به وجود می‌آورد: اگر موضوع آن مالی باشد که قابل اختصاص یافتن به دیگری است* (مانند عین معین)، *سبب و اقتضای تملیک بیدرنگ کارگزار می‌شود و نیاز به هیچ شرط اضافی ندارد. ولی، هرگاه تملیک به دلیل مانع قراردادی یا مادی مستلزم تحقق شرط دیگر باشد* (مانند بیع کلی که نیاز به تعیین مصداق آن دارد)، *اثر عقد منوط به تحقق آن شرط است.* پس، *می‌توان عقد بیع را، به اعتبار ایجاد زمینه و اقتضای تملیک، عقد تملیکی نامید.*

ب : بیع از عقود معوض است

۸ معنی معوض بودن بیع و آثار آن :

از تعریف مادهٔ ۳۳۸ قانون مدنی به‌خوبی بر می‌آید که بیع عقدی است معوض: یعنی عین مالی که فروخته می‌شود با مال دیگر (که امروز به طور معمول پول است) مبادله می‌شود. این وصف، بیع را از تمام انواع عقود رایگان ممتاز می‌سازد. زیرا، در این گونه قراردادها، یا مالی بدون هیچ‌گونه عوض به دیگری واگذار می‌شود، یا اگر تعهدی نیز بر

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲۸ و ۴۵۱.

انتقال گیرنده شرط شود، بین این تعهد و موضوع اصلی رابطهٔ علیت به وجود نمی‌آید.

از معوض بودن بیع و پیوستگی دو عوض در آن نتایج مهمی به بار می‌آید که از جملهٔ آنهاست:

۱. در صورتی که تعهد به یکی از دو عوض به علتی باطل باشد، تعهد به عوض مقابل آن نیز خود به خود از بین می‌رود. برای مثال، اگر معلوم شود که مبیع ملک دیگری بوده است و فروشنده حق واگذاری آن را نداشته، خریدار نیز از دینی که دربارهٔ پرداختن قیمت داشته است بریء خواهد شد.

۲. هریک از خریدار و فروشنده می‌تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد دیگری سازد. این اختیار را در اصطلاح حقوق مدنی «حق حبس» می‌نامند (مادهٔ ۳۷۷ قانون مدنی).

۳. اگر مبیع پیش از تسلیم به خریدار بدون تقصیر فروشنده در دست او تلف شود، بیع منحل می‌شود و خریدار دیگر تعهد به پرداختن ثمن ندارد و اگر آن را پرداخته است می‌تواند پس بگیرد (مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی).

۴. در موردی که بین مبیع و ثمن عدم تعادل فاحش وجود داشته باشد، طرفی که مغبون شده است می‌تواند معامله را بر هم زند. این حق را خیار غبن می‌نامند و ویژهٔ عقد معوض است و در عقود مجانی، حتی اگر با شرط عوض همراه باشد، مورد ندارد.

۹. وجود عوض مقتضای ذات بیع است :

وجود ثمن از ارکان ذات و جوهر بیع است، یعنی اگر تملیک عین در برابر ثمن نباشد نمی‌توان قرارداد را بیع نامید و، اگر در بیع شرط شود که مال به رایگان انتقال یابد یا ثمن به ملکیت فروشنده درنیاید، چنین شرطی خلاف مقتضای ذات بیع است. ولی، یادآوری این نکته ضروری است که، همان‌گونه که در قواعد عمومی قراردادها آمد، هرگاه شرط خلاف مقتضای عقد جوهر آن را تغییر دهد ولی از مجموع شرط و عقد چنین برآید که طرفین عقد دیگری را اراده کرده‌اند، توافق دو طرف تابع خواست واقعی آنان است. به عبارت دیگر، اگر شرط ماهیت عقد بیع را تبدیل به قرارداد مشروع

دیگری سازد، نمی‌توان گفت عقد و شرط هر دو باطل است (مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی)[1].
بنابراین، در مثال‌های یاد شده، چون معلوم است که آنان عقد هبه را اراده کرده‌اند و بر تملیک مجانی مال بیهوده نام بیع گذارده‌اند، دادرس باید آنچه راکه واقع شده است هبه بداند.

همچنین است، وقتی که در قرارداد بیع وجود ثمن ذکر شود، ولی فروشنده برخلاف واقع اقرار کند که ثمن به او پرداخته شده، یا طرفین پنهانی سندی بنویسند و در آن به صورت و مجانی بودن عقد اشاره کنند. در چنین حالتی، منظور واقعی طرفین هبه بوده است که آن را به صورت بیع درآورده‌اند. عقد تابع ارادهٔ واقعی آنان است نه آنچه به زبان آورده یا نوشته‌اند (العقود تابعة للقصود) و به همین جهت بر رابطهٔ حقوقی آن دو مقررات هبه حکومت می‌کند.

۱۰. تعادل اقتصادی دو عوض :

ضرورتی ندارد که مقدار ثمن معادل قیمت واقعی مبیع باشد. آنچه بر عقد حکومت دارد ارادهٔ خریدار و فروشنده است و قانون بر توافق آن دو احترام می‌گذارد و آن را، چنان که هست، اجرا می‌کند. در مواردی هم که بین ارزش مبیع و ثمن تفاوت فاحش است، تنها شخص مغبون است که باید دربارهٔ سرنوشت عقد تصمیم بگیرد: می‌تواند آن را به حال خود واگذارد یا با استفاده از «خیار غبن» برهم زند، ولی هیچ‌گاه دادرس حق ندارد در نفوذ چنین عقدی تردید کند.

با این همه، اگر مقدار ثمن چندان ناچیز باشد که به هیچ رو نتوان تناسبی بین دو عوض فرض کرد و عرف ثمن مورد توافق را در مقایسهٔ با مبیع در حکم هیچ بداند، آیا باز هم می‌توان ادعا کرد عقدی که بسته شده معوض و نافذ است؟ برای مثال، اگر کسی خانهٔ خود را به یک قوطی کبریت یا یک سیر نبات بفروشد، آیا چنین عقدی را باید بیع نامید و فقط گفت فروشنده مغبون شده است، یا بایستی از صورت‌سازی‌ها گذشت و به حقیقت عرفی آنچه روی داده است توجه کرد؟

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳ (آثار عقد)، ویرایش جدید، ش ۵۸۵؛ اعمال حقوقی، ش ۳۰۵.

درست است که از لحاظ منطقی، اگر عدم تناسب بین ارزش واقعی دو عوض به نفوذ عقد زیان نرساند، هیچ تفاوتی بین فروش خانه به هزار ریال کمتر از قیمت واقعی و فروش آن به یک سیر نبات وجود ندارد، ولی عرف این چنین داوری نمی‌کند و در نظر تودهٔ مردم این قرارداد بیع نیست. به همین خاطر از دیرباز مرسوم بوده است که این گونه عقود را به صورت «صلح»، که برای سازش تأسیس شده، درآورند. حقوق بیش از همهٔ علوم متکی بر رسوم و سنن ملت‌ها است. زندگی حقوق نمی‌تواند تنها منطقی باشد، زیرا دامنهٔ اجرای آن محدود به ذهن نیست. حقوق پدیدهٔ اجتماعی است و باید در نظام ویژهٔ خود تعبیر شود و رشد کند. بنابراین، عوضی را که عرف در حکم هیچ می‌بینند نباید ثمن واقعی شمرد.

به‌اضافه، اگر مقصود دو طرف بیع باشد و ثمن نامتناسب، عقد نیز چنان که خواسته‌اند بیع است. ولی، در موردی که بدیهی است آنان تنها در پی صورت‌سازی هستند، چگونه می‌توان توافق آنان را بیع دانست و باز هم ادعا کرد که عقد از قصد دو طرف پیروی می‌کند؟

ج : مبیع باید عین باشد

۱۱. عین در برابر منفعت و حق :

عین عبارت از مالی است که وجود مادی و محسوس دارد و به طور مستقل مورد داد و ستد قرار می‌گیرد نه به عنوان ثمرهٔ تدریجی از عین دیگر. به طور معمول، وقتی می‌گویند عین مالی مورد انتقال قرار گرفت، مقصود عین و منافع آنست. ولی گاه نیز ممکن است منفعت مالی در اثر قرارداد به شخص دیگر منتقل شود. در این صورت عین را «مسلوب‌المنفعة» می‌نامند.

منفعت به مالی می‌گویند که به تدریج از عین استفاده می‌شود. منفعت، در فرض کامل خود، وجود خارجی و محسوس ندارد و به همین دلیل است که آن را به «*صلاحیت استفاده از مال*» تعبیر کرده‌اند. ولی باید دانست که در پاره‌ای موارد، مانند میوهٔ درخت و آب چاه، منافع نیز موجود مادی است، و تنها به این اعتبار که به تدریج از عین دیگری به دست می‌آید آن را منفعت می‌نامند. بنابراین، برخلاف آنچه پاره‌ای از استادان

نوشته‌اند[1]، محسوس نبودن وضعی نیست که بتواند عین را از منفعت ممتاز کند. زیرا، نه تنها منفعت گاه وجود خارجی و محسوس دارد، پاره‌ای از اقسام عین را نیز نمی‌توان در خارج یافت؛ چنان که یک خروار گندم (به طور کلی) تنها درذهن قابل تصور است و به همین اعتبار نیز موضوع داد و ستد قرار می‌گیرد.

وانگهی، امروز پاره‌ای از اموال وجود دارد (مانند حق تألیف و حق سرقفلی و مالکیت علائم صنعتی و تجارتی) که تنها در عالم اعتبار می‌توان وجودی برای آنها تصور کرد و هیچ‌کس هم تردید ندارد که نباید این گونه اموال را در زمرهٔ منافع آورد. بنابراین، بهره‌برداری تدریجی از عین دیگر، بهترین معیار شناسایی عین از منفعت است.

ظاهر قید «عین» در مادهٔ ۳۳۸ انتقال «حق» را نیز از تعریف بیع خارج می‌کند. بنابراین، انتقال حق خیار و حق تحجیر را نمی‌توان نوعی «بیع» دانست. این گونه قراردادها، تابع قواعد عمومی معاملات و اصل آزادی قراردادها (مادهٔ ۱۰ قانون مدنی) است. با وجود این، در عرف محاوره، انتقال حق در برابر عوض را فروش می‌گویند: مانند این که مستأجر سرقفلی فروشگاه را فروخت یا فلان دانشمند حق اختراع خود را به بیگانه فروخت. این نامگذاری تمایل عرف را به گستردن دامنهٔ بیع می‌رساند. از این تمایل باید سود برد و انتقال کالای در جریان (مانند نیروی برق) را بیع شمرد.

۱۲. اقسام عین:

به موجب مادهٔ ۳۵۰ قانون مدنی: «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به‌طور کلی از شیء متساوی‌الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی‌الذمه باشد». تعریف عین معین و شناسایی اقسام آن (مفروز و مشاع) و همچنین کلی در معین یا در حکم معین و کلی فی‌الذمه را باید در کتاب «اموال» ملاحظه کرد[2] و تکرار آن در بیع مورد ندارد. ولی، باید این نکته را یادآور شد که، تذکر مادهٔ ۳۵۰ بر این که مبیع «ممکن است کلی فی‌الذمه باشد» به خاطر ایرادی است که پاره‌ای از فقیهان به درستی این بیع کرده‌اند و مشهور آن را نپذیرفته است. بنابراین،

۱. مرحوم مصطفی عدل (منصور السلطنة)، ش ۳۷.
۲. رک. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۲۵ ـ ۲۹.

شخص می‌تواند دو دستگاه اتومبیلی را که از دیگری طلبکار است به خود او یا دیگران بفروشد.

دربارهٔ انتقال دین به دیگران، با وجود مادهٔ ۳۵۰ قانون مدنی، هیچ اشکالی به ذهن نمی‌رسد، لیکن در باب انتقال آن به شخص مدیون ایراد شده است که، چون هیچ‌کس نمی‌تواند بر خویشتن سلطه پیدا کند، چنین بیعی درست نیست. پاسخ دادن به این ایراد نیز دشوار نیست، زیرا نتیجهٔ جمع آمدن دو صفت طلبکار و بدهکار سقوط دین است (مادهٔ ۳۰۰ ق.م.) و به دست آوردن این نتیجه را منطق و عرف می‌پذیرد. به ویژه، اگر بخشیدن طلب به شخص بدهکار ممکن باشد (مادهٔ ۸۰۶ ق.م.)، چرا نباید تملیک آن را در برابر عوض پذیرفت؟

۱۳. هر مالی ممکن است ثمن باشد :

قانون مدنی دربارهٔ ثمن هیچ قیدی ندارد. بنابراین، هرچه مال باشد، اعم از عین و منفعت و حق، می‌تواند عوض مبیع قرار گیرد. ولی، از دید عرفی، در صورتی می‌توان مبادلهٔ دو مال را بیع نامید که ثمن پول باشد نه کالا و دیدیم که این حکم عرف چه گونه در تعبیر ارادهٔ دو طرف و تمیز بیع از معاوضه به کار می‌آید (ش ۱).

د : عقد بیع لازم است

۱۴. لزوم بیع و خیارهای ویژهٔ آن :

در لازم بودن عقد بیع تردید نیست. همه می‌دانیم که خریدار و فروشنده باید بر سر پیمان خود باشند و نمی‌توانند، هرگاه که بخواهند، بدون رضای طرف دیگر آن را بر هم زنند. ولی، با این که استواری این عقد بیش از سایر قراردادها به نظم در تجارت یاری می‌کند، قانونگذار ما خیارهای ویژه‌ای در آن پیش‌بینی کرده که در سایر عقود لازم نیامده است: خریدار و فروشنده، تا زمانی که از مجلس عقد خارج نشده‌اند، می‌توانند بیعی را که به درستی واقع شده است بر هم زنند و برای توجیه این پیمان‌شکنی نیز نیازی به استدلال ندارند. گویی تا جدایی آنان بیع به طور کامل مستقر نمی‌شود و پیمانی است متزلزل و وابسته به میل هریک از دو طرف. با وجود این، حتی در این مرحله نیز نمی‌توان بیع را در زمرهٔ عقود جایز آورد؛ چنان که فوت یا حجر طرفین آن را منحل نمی‌سازد.

همچنین، در خرید و فروش حیوان، قانون مدنی به خریدار حق داده است که تا سه روز عقد را فسخ کند: یعنی عقد از نظر او ایجاد التزام نمی‌کند. در این سه روز نیز نباید عقد را در زمرهٔ عقودی آورد که نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز است. هیچ‌یک از آثار جواز عقد، جز اختیار بر هم زدن عقد وسیلهٔ خریدار، در این قرارداد دیده نمی‌شود. اختیار فسخ حکمی است استثنایی که مانند سایر خیارات حق بر هم زدن عقد را در حدود قانون به وجود می آورد (مادهٔ ۱۸۵ ق.م.).

برای روشن شدن وضع حقوقی دو طرف در زمانی که در مجلس عقد هستند یا مورد معامله حیوان است، باید احکام «خیار مجلس» و «خیار حیوان» را جداگانه مطرح کرد:

۱. *خیار مجلس*

۱۵. معنی خیار مجلس:

در مادهٔ ۳۹۷ قانون مدنی آمده است: «هریک از متبایعین بعد از عقد، فی‌المجلس و مادام که متفرق نشده‌اند، اختیار فسخ معامله را دارند». قید «مجلس» در این ماده ناظر به سورد غالب است: به طور معمول، تا زمانی که دو طرف در مجلس عقد هستند، از هم جدا نشده‌اند؛ برعکس، همین که از این مجلس بیرون آمدند، متفرق می‌شوند. به همین دلیل است که قانون به مجلس عقد اشاره می‌کند، وگرنه حضور در یک مجلس به خودی خود نقشی در ثبوت خیار ندارد. بنابراین، اگر خریدار و فروشنده گفتگوهای خود را دربارهٔ آثار عقد ادامه دهند و در این حال از مجلس بیرون روند، تا زمانی که از هم جدا نشده‌اند، خیار باقی می‌ماند. برعکس، هرگاه یکی از دو طرف در مجلس عقد بمیرد، مرگ او جدایی است و وارثان نمی‌توانند بعد از مرگ مورث در آن جلسه حضور یابند و از حق خیار استفاده کنند.

جانشینی وارث متوفی تنها در صورتی امکان دارد که هنگام مرگ در مجلس باشد و پس از مورث به قائم مقامی او عقد را فسخ کند، زیرا در این حالت جدایی بین دو طرف تحقق نمی‌یابد.

۱۶. اعمال خیار در مواردی که عقد به وسیلهٔ وکیل واقع می‌شود:

در موردی که عقد به نمایندگی واقع می‌شود، این پرسش به میان آمده است که خیار مجلس

با کیست؟ وکلای دو طرف که در مجلس عقد هستند؟ یا خود آنان یا هر دو گروه؟ برای یافتن پاسخ درست، باید اقسام گوناگون نمایندگی را بازشناخت و حکم هریک را جداگانه بررسی کرد. به اعتبار حدود اختیار وکیل در ادارهٔ اموال موکل، سه نوع نمایندگی وجود دارد:[1]

۱. نماینده تنها مأمور بیان ارادهٔ موکل است و اراده و شخصیت او در این راه اثر ندارد، مانند کسی که مأمور است تا اوراق بهاداری را که در بورس قیمت معین دارد برای موکل بخرد، یا سند معامله را در محضر به جای او امضاء کند. در این گونه موارد، در واقع وکیل نمایندهٔ واقعی نیست؛ فرستاده و ابزار انتقال و بیان اراده است. عقد به وسیلهٔ موکل انجام می‌شود و او نقشی جز واسطه ندارد. بنابراین، وکیل در چنین صورتی حق فسخ ندارد و نمایندگی او در حدود کاری است که انجام داده.

۲. وکیل نمایندهٔ واقعی است و اراده و شخصیت او در عقد اثر دارد، ولی مفاد وکالت چنانست که پس از عقد پایان می‌پذیرد و حق فسخ به او نمی‌دهد: مانند موردی که به کسی گفته می‌شود، خانه‌ای را که دیده‌ام بین ۵۰ تا ۶۰ هزار تومان برایم خریداری کن. در این حالت ارادهٔ وکیل تا حدود ده هزار تومان اثر دارد و بیش از آن در حکم رسول یا فرستاده است. نمایندگی او، مانند ولی و وصی و عامل در عقد مضاربه، کامل و مطلق نیست؛ برای امر محدود و خاصی وکالت دارد که پس از عقد زایل می‌شود.

در این دو مورد، اگر موکل در مجلس عقد حاضر باشد، حق استفاده از خیار تنها با او است و در صورتی که فقط وکیل حضور یابد، مانند موردی است که عقد بین غایبان انجام شده است.

۳. موردی که نمایندگی مطلق است و اختصاص به کار معین ندارد، مانند نمایندگی ولی قهری نسبت به کودکی که در سرپرستی او است و نمایندگی مدیر شرکتهای سهامی و عامل در عقد مضاربه. چنین نماینده‌ای که عهده‌دار ادارهٔ اموال است، به طور مستقل طرف عقد واقع می‌شود و می‌تواند عقدی را که خود بسته است فسخ کند، زیرا حق فسخ نیز یکی از اختیارهای ناشی از ادارهٔ اموال است.

با وجود این، اختیار نماینده حق موکل را از بین نمی‌برد و، اگر او هم در مجلس عقد حاضر و اهلیت اظهارنظر را داشته باشد، می‌تواند عقد را فسخ کند.

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۱۷ و ۲۱۸.

۱۷. اعمال خیار در معاملهٔ با خود:

در مواردی که یک نفر جانشین دو طرف عقد است و با خود معامله می‌کند، این سؤال مطرح می‌شود که خیار مجلس تا چه مدت وجود دارد، همیشگی است یا پس از چندی از بین می‌رود؟ و اگر زوال‌پذیر است، چه عاملی باعث از بین رفتن آن می‌شود؟ در پاسخ راه‌حل‌های گوناگونی ارائه شده است که هیچ‌کدام ذهن را قانع نمی‌کند[1]. ولی، بر پایهٔ تفسیر محدود از احکام استثنایی خیار در عقد بیع، می‌توان گفت: خیار مجلس مقید به مورد متعارفی است که دو فرد با دو ارادهٔ ممتاز در ایجاد عقد شرکت داشته‌اند. در چنین حالتی فرض شده است که دو طرف، تا زمانی که با هم هستند و به گفتگو ادامه می‌دهند، ارادهٔ قاطع خود را بر التزام به بیع ابراز نکرده و به طور ضمنی برای خود حق فسخ را محفوظ داشته‌اند، و به همین دلیل نیز تنها از لحظهٔ جدایی پای‌بند به قرار و پیمان خویشند. ولی این تبانی در صورتی که یک نفر با خود معامله می‌کند قابل تصور نیست.

۱۸. اعمال خیار در عقودی که به وسیلهٔ مکاتبه یا تلفن انجام می‌شود:

در موردی که خرید و فروش به وسیلهٔ مکاتبه انجام می‌شود، چون دو طرف در یک محل برای بستن عقد اجتماع نمی‌کنند، تردیدی وجود ندارد که خیار مجلس نیز تحقق نمی‌یابد، ولی در فرضی که عقد با تلفن منعقد می‌شود، ممکن است گفته شود که ارتباط فکری و معنوی دو طرف هنگام مکالمه در حکم حضور در یک مجلس است، پس تا هنگامی که گفتگوی نهایی را قطع نکرده‌اند می‌توانند از خیار مجلس استفاده کنند.

این گفته، در صورتی که خیار مجلس در زمرهٔ قواعد کلی معاملات بود، درست می‌نمود، زیرا عدف از حضور در یک مجلس ارتباط فکری دو طرف است نه نزدیک بودن جسمی. ولی، چون در حقوق ما خیار مجلس امری است استثنایی و ویژهٔ بیع، به نظر می‌رسد که محدود ساختن آن به اصل لزوم قراردادها و ضرورت حفظ استواری معاملات سازگارتر باشد. به ویژه، از احکام مربوط به خیار مجلس به خوبی بر می‌آید که حضور واقعی در مجلس عقد نیز مانند ارتباط

۱. برای دیدن این راه‌حلها، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، معاملات معوض، عقود تملیکی، ش ۳۰.

فکری سهمی در این راه دارد و تنها ارتباط معنوی باعث ایجاد خیار نیست؛ چنان که، اگر دو طرف به گفته‌های خود در مجلس عقد پایان دهند و به کار دیگر بپردازند، تا زمانی که از آن مجلس خارج نشده‌اند، خیار فسخ دارند، در حالی که ارتباط فکری آنان نیز قطع شده است.[۱]

۱۹. سقوط خیار مجلس:

حکم خیار مجلس از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست و به ارادهٔ کسی که به سود او است ساقط می‌شود، خواه بیان این اراده صریح باشد یا ضمنی. پس، هرگاه فروشنده در ثمن و خریدار در مبیع تصرف کند، اماره بر این است که از خیار مجلس چشم پوشیده و خواسته است ملتزم به بیع باشد. همچنین، اگر خریدار در همان مجلس عقد مبیع را به دیگری بفروشد یا خوراکی راکه خریده شروع به خوردن کند، با این کار به طور ضمنی خیار مجلس را ساقط کرده است.

۲. *خیار حیوان*

۲۰. معنی خیار حیوان:

در بیان حکمت تأسیس خیار حیوان گفته شده است: چون امکان دارد در حیوان عیب پنهانی باشد که نتوان تمیز داد، و شناخت حیوان بیمار از سالم دست کم برای مردم عادی دشوار است، قانون مدنی به خریدار حق داده است که تا سه روز از تاریخ بیع عقد را فسخ کند (مادهٔ ۳۹۸).

با وجود این، مبنای این خیار به نفوذ رسوم و سنتها بیشتر ارتباط دارد تا به منطق حقوقی. زیرا، معاف کردن خریدار از اثبات عیبی که موجب پشیمانی او از معامله شده است، سرنوشت معامله را بی‌قید و شرط به او می‌سپارد.

همین اختیار نامحدود و غیرموجه خریدار باعث شده است که تا جایی آن را استثنایی و خلاف اصل تلقی کنند که بگویند: «**قانون مدنی ایران، به پیروی از قول مشهور فقهای شیعه حق**

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، کتاب خیارات، ص ۲۱۹.

فسخ را فقط برای مشتری در صورتی که مبیع حیوان باشد شناخته است»[1].

این تعبیر، از لحاظ محدود کردن دامنهٔ خیار حیوان و تأمین لزوم معاملات، مفید است، ولی مفاد مادهٔ ۳۹۸ را ناهنجارتر می‌سازد و باید از آن چشم پوشید. زیرا تبعیض بین ثمن و مبیع را به هیچ دلیلی نمی‌توان استوار کرد. در فرضی که دو کالا با هم مبادله می‌شود، وصف ثمن و مبیع برای هرکدام از این دو اعتباری و تا اندازه‌ای موهوم است. پس، چگونه می‌توان پذیرفت که هرگاه دو حیوان با هم مبادله شود و دو طرف یکی را به عنوان مبیع و دیگری را به عنوان ثمن تلقی کنند، آن که حیوان مبیع را تملک کرده است حق فسخ معامله را داشته باشد و دیگری محروم بماند؟

۲۱. اجرای محدود مادهٔ ۳۹۸ :

مادهٔ ۳۹۸ قانون مدنی را باید تفسیر محدود کرد و آن را به موردی اختصاص داد که تردید نباشد. از این تعبیر در دو مورد می‌توان استفاده کرد:

۱. خیار حیوان ویژهٔ موردی است که مبیع حیوان زنده باشد، زیرا در دید عرف، حیوان کشته، مانند مرغ یا ماهی و گوسفند، در حکم اشیاء است و فلسفه‌ای که برای جلوگیری از ضرر ناشی از بیماری حیوان گفته شده است تنها در مورد حیوان زنده محملی دارد.

۲. در بیع کلی، تملیک از هنگام عقد انجام نمی‌شود. بنابراین، امکان فسخ عقد تا سه روز از تاریخ بیع هیچ ضرری را نمی‌تواند جبران کند و حکمت مادهٔ ۳۹۸ تنها در حالتی مورد می‌یابد که مبیع معین باشد و به محض وقوع بیع به ملکیت خریدار درآید. به اضافه، جایی که معلوم شود فروشنده فردی را که از مصداق‌های کلی برگزیده صفات مشروط در عقد را دارا نیست و در دید عرف معیب است، می‌توان الزام او را به تسلیم فرد سالم درخواست کرد و جایی برای اعمال خیار باقی نمی‌ماند. در واقع، خیار حیوان یکی از شاخه‌های خیار عیب است، با این تفاوت که در این مورد قانونگذار عیب مبیع را مفروض دانسته و به همین مناسبت خریدار را از اثبات آن معاف کرده است. بنابراین، همان گونه که خیار عیب ویژهٔ مبیع معین است، خیار حیوان نیز در مبیع کلی راه ندارد.

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۷۹ ـ برای ملاحظهٔ نظر مخالف، رک.، محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۲۳۴.

فصل دوم

انعقاد بیع

۲۲. شرایط درستی عقد :

عقد بیع یکی از قراردادهای معین است که، نه تنها در قانون مدنی شرایط انعقاد و آثار آن جداگانه طرح شده است، بسیاری از قواعد عمومی قراردادها را نیز با خود دارد؛ به بیان دیگر، محل سنتی طرح قواعد حاکم بر تمام روابط قراردادی است[1].

از سوی دیگر، بیع تابع شرایط کلی سایر قراردادها است: در این عقد نیز دو طرف باید ارادهٔ جدی و سالم داشته باشند؛ خریدار و فروشنده باید اهلیت تملک و تصرف را دارا باشند؛ وقوع قرارداد منوط به وجود موضوع معین است و تبانی برای رسیدن به هدف نامشروع را قانون بی‌اثر می‌داند (مادهٔ ۱۹۰ به بعد ق.م.). منتها، هریک از این شرایط در بیع ویژگی‌هایی پیدا می‌کند که باید مورد بررسی قرار گیرد.

دربارهٔ مشروع بودن جهت معامله مطلب تازه‌ای وجود ندارد که طرح دوبارهٔ این شرط را ایجاب کند[2]، ولی اراده و اهلیت طرفین و موضوع عقد بیع در سه مبحث جداگانه طرح می‌شود:

۱. برای دیدن این جامعیت در فقه، به ویژه رک. شیخ انصاری، مکاسب.

۲. در این باره، رک. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۱۴۳ به بعد.

مبحث اول: اراده (قصد و رضا)

گفتار نخست: اصل حاکمیت اراده در بیع

۲۳. حکومت سنتی اصل آزادی قراردادی و حدود کنونی آن:

بر طبق این اصل، هرکس در خرید و فروش یا خودداری از آن آزاد است و می‌تواند طرف معاملهٔ خود را آزادانه انتخاب کند. خریدار و فروشنده می‌توانند شرایط و آثار عقد را تعیین کنند و رابطهٔ حقوقی خود را چنان که می‌خواهند به وجود آورند. ولی، این آزادی نامحدود را هیچ قانونی نمی‌پذیرد، زیرا خود باعث تجاوز به آزادی است. قانونگذار همیشه بازرسی قراردادها و تنظیم خواسته‌های سوداگران را برای خود محفوظ می‌دارد تا هرجا که نظم عمومی یا اخلاق اقتضا داشت از این اختیار به سود عموم استفاده کند. دخالت دولت در تنظیم بیع و تجارت پا به پای مداخلهٔ او در اقتصاد فزونی یافته و مفهوم نظم عمومی چنان گسترش یافته است که از حاکمیت اراده و آزادی قراردادی تنها به عنوان «اصل» می‌توان نام برد؛ اصل اجتماعی که استثناهای فراوان یافته و از نفوذ پیشین آن کاسته شده است. امروز حمایت از مصرف کننده جای احترام به قرارداد را گرفته است و اعتقاد عمومی بر این است که قرارداد از طرف قوی‌تر حمایت می‌کند و برای حفظ تعادل باید به یاری مصرف کنندهٔ عادی شتافت.

از سوی دیگر، گاه اشخاص در قراردادهای خود ملتزم می‌شوند که مالی را به دیگری بفروشند یا از فروختن آن به شخص یا گروه معین خودداری کنند یا آن را به

اشخاص معین بفروشند... و مانند اینها. این گونه قراردادها، با اینکه ناشی از ارادهٔ دو طرف آنست و التزامی که به وجود می‌آید از منبع خارجی سرچشمه نمی‌گیرد، آزادی در خرید و فروش را در آینده محدود می‌سازد.

بنابراین، محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده در بیع را می‌توان به دو گروه اصلی تقسیم کرد: ۱) محدودیت‌های ناشی از قوانین و نظم عمومی ۲) محدودیت‌های ناشی از قراردادهای خصوصی.

الف : محدودیت‌های ناشی از قوانین و نظم عمومی

۲۴. محدودیت‌های قانونی :

با دخالت روزافزون دولت در امر اقتصاد، قوانین گوناگونی گذشته است که آزادی اشخاص را در خرید و فروش محدود ساخته یا ایشان را وادار به معامله کرده است. تجارت خارجی ایران در انحصار دولت قرار گرفته است و صادر کردن و وارد کردن همهٔ محصولات طبیعی و صنعتی با نظارت و بازرسی دولت انجام می‌گیرد (قانون انحصار تجارت مصوب ۱۹ تیر ماه ۱۳۱۱ و اصلاحات تیر ماه ۱۳۲۰). فروش پاره‌ای از کالاهای داخلی نیز، مانند دخانیات و آب و برق، در انحصار مؤسسه‌های عمومی است. فروش اسلحه گاه ممنوع و گاه با شرایطی تنها به اشخاص معین و با اجازهٔ دولت امکان دارد. هیچ‌کس نمی‌تواند کالاهای موردنیاز عمومی را احتکار کند و دولت می‌تواند انواع این کالاها را معین و اعلام کند. «اگر کالاهای نامبرده، طبق صورتی که رئیس هر خانواده می‌دهد، زاید از مصرف شخصی و عائلهٔ صاحب آن باشد و دولت خرید آن را برای مصارف کشور لازم بداند، صاحب کالا مکلف است به نرخی که دولت تعیین می‌نماید آن را به دولت بفروشد و در صورت استنکاف او از فروش دولت کالا را گرفته و به نرخ مزبور قیمت آن را خواهد پرداخت» (مادهٔ ۲ قانون راجع به جلوگیری از احتکار مصوب ۲۷ اسفند ماه ۱۳۲۰). برطبق قانون نوسازی و عمران شهری، که جانشین قانون توسعهٔ معابر شده، اشخاص ناگزیرند زمین‌هایی را که شهرداری برای رفع نیازهای شهری لازم دارد به این سازمان بفروشند. راه‌آهن و سازمان برنامه و ارتش نیز مقررات مشابهی برای

حریم خط‌آهن و زمین‌های لازم برای آبادانی کشور یا عملیات نظامی دارد. صنعتگران ناچارند فرآورده‌های خود را مطابق با نمونه‌های (استانداردهای) صنعتی آماده و عرضه کنند و قواعد مربوط به حمایت از مصرف‌کنندگان را در پیمان‌های خود گردن نهند... و مانند اینها.

در روابط خصوصی مردم نیز بسیاری از مقررات اشخاص را به فروش مال خود مجبور می‌سازد: از جمله طلبکار می‌تواند از اجرای دادگاه یا ثبت (به تناسب موارد) درخواست توقیف و فروش اموال مدیون را بکند، تا از این راه به طلب خود برسد یا وسایل اجرای تعهد مالک را فراهم سازد. طلبکاران ورشکسته حق دارند درخواست توقیف او را از دادگاه بکنند و در مقام تصفیهٔ دیون فروش اموال او را بخواهند.

اگر مالی قابل تقسیم نباشد، هریک از شریکان می‌تواند درخواست کند تا دادگاه آن را به‌فروشد و قیمت را به نسبت سهام بین شریکان تقسیم کند (مادهٔ ۳۱۷ قانون امور حسبی).

اگر این گونه محدودیت‌ها را بر قواعد امری که در قواعد عمومی قراردادها و در بیع، از حیث حفظ سلامت اراده و اهلیت دو طرف و معین بودن موضوع و مشروع بودن جهت معامله، آمده است بیفزاییم، به خوبی معلوم می‌شود که اصل آزادی خرید و فروش تا چه اندازه محدود شده و چه‌گونه همه روز بر این محدودیت‌ها افزوده می‌شود.

۲۵. محدودیت‌های ناشی از نظم عمومی :

گذشته از حکم قانون، در مواردی که نظم و آسایش عمومی ایجاب می‌کند دادگاه می‌تواند شخصی را مجبور به فروش مال خود کند. برای مثال، کسانی که تأمین نیازمندی‌های ابتدایی و ضروری مردم را به عهده دارند یا از طرف دولت ساختن و فروش جنسی به انحصار ایشان واگذار شده است، نمی‌توانند به استناد «اصل آزادی قراردادی» در بین مشتریان خود تبعیض کنند یا از معامله با شخص یا گروه معین امتناع ورزند.

همچنین، در مواردی که فروشنده یکی از کالاهای ضروری مردم را در اختیار دارد و

امتناع او باعث مشقت و تعذر مصرف‌کنندگان می‌شود، مانند داروفروش و نانوا و قصاب، به حکم نظم عمومی و اخلاق ناگزیر به انجام معامله می‌شود. این نظر بسیار پسندیده و بجا است. زیرا، صاحبان این گونه مشاغل، در عین حال که کار خصوصی دارند، عهده‌دار پاره‌ای خدمات عمومی نیز هستند و از لحاظ اخلاقی و حفظ نظم عمومی نمی‌توان آنان را معاف از تعاون عمومی و آزاد پنداشت. به طریق اولی، کسانی که به عنوان مأمور عمومی خدمتی را به عهده دارند، مانند کارکنان فروشگاه‌های دولتی، نمی‌توانند خود را در معاملاتی که انجام می‌دهند آزاد بدانند.

ب: محدودیت‌های ناشی از قرارداد

۲۶. وعدهٔ متقابل بیع (قولنامه):

در مواردی که خریدار و فروشنده قصد معامله‌ای را دارند که هنوز مقدمات آن فراهم نشده است، قراردادی می‌بندند و تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و در مهلت خاص انجام دهند. سندی را که در این باب تنظیم می‌شود وعدهٔ بیع و در زبان عرف «قولنامه» می‌نامند. برای مثال، من مایلم خانهٔ خود را به شما بفروشم و دربارهٔ قیمت و شرایط انجام معامله نیز به توافق رسیده‌ایم، ولی شما برای تهیهٔ پول به چند روز مهلت احتیاج دارید و من نیز باید برای گرفتن مفاصا حساب مالیاتی و عوارض نوسازی اقدام کنم تا تنظیم سند در محضر ممکن باشد. پس، برای این که هر دو به معاملهٔ نهایی پای‌بند شویم، سندی می‌نویسیم و ضمن آن من تعهد می‌کنم که اسناد لازم را ظرف یک ماه تهیه کنم و برای انتقال خانه‌ام در برابر صد میلیون ریال در فلان دفتر حاضر شوم و شما نیز در برابر ملتزم می‌شوید که به همان دفتر برای معامله بیایید.

بدین ترتیب، هدف از تنظیم قولنامه این است که برای دو طرف دینی به وجود آید که موضوع آن انشاء عقد بیع است. به همین جهت، اگر یکی از آن دو از اجرای تعهد خود سرباز زند، دیگری می‌تواند الزام او را به بیع از دادگاه بخواهد.

بیشتر محاکم این گونه قولنامه‌ها را، هرچند که در آن مبلغی از ثمن به عنوان بیعانه پرداخته شده و طرفین نیز خریدار و فروشنده نامیده شده باشند، تعهد به بیع دانسته‌اند؛

چنان که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شمارهٔ ۳۵۷۰ - ۴۲/۲/۲۶ دربارهٔ قولنامه‌ای که نسبت به خرید و فروش ماشین تنظیم شده است می‌نویسد: «... **مستند دعوی تعهدنامه‌ای بیش نیست که به موجب آن فرجام خوانده متعهد گردیده، پس از تحصیل اسناد، مالکیت نصف مشاع اتومبیل موصوف در آن را در یکی از دفاتر اسناد رسمی به فرجام‌خواه منتقل نماید و قبل از انجام تعهد اتومبیل مزبور (بشرح اوراق مضبوط در پرونده) به سبب تصادف معامله انجام نگردیده. بنابراین، آنچه که در حکم فرجام خواسته قید گردیده و ورقهٔ مستند دعوی را حاکی از بیع قطعی کرده موافق مستند دعوا نمی‌باشد...**»[1].

۲۷. آثار حقوقی قولنامه :

قولنامه، مانند سایر اسنادی که برای ایجاد تعهد تنظیم می‌شود، در دادگاه معتبر است و دو طرف مکلف به اجرای مفاد آن هستند، زیرا تعهدی که ضمن آن شده متکی به قرارداد خریدار و فروشنده است (مادهٔ ۱۰ ق.م.). قولنامه، نه تنها برای اجرای مفاد آن ایجاد التزام می‌کند، به طور ضمنی حاوی شرط اسقاط حق تصرف مخالف با مفاد تعهد نیز هست. پس، اگر مالکی که در قولنامه متعهد به فروش ملک خود شده است، آن را به دیگری انتقال دهد، بر مبنای همین شرط ضمنی، می‌توان ابطال آن را از دادگاه خواست[2]. منتها، گاه شروطی در قولنامه‌ها ذکر می‌شود که تمیز قصد واقعی طرفین را دشوار می‌سازد و گاه نیز چگونگی آثار حقوقی این قصد مورد گفتگو قرار می‌گیرد.

۲۸. قولنامه همراه با وجه التزام :

در بسیاری موارد، گذشته از تعهد به انتقال، وجه التزامی نیز به عنوان ضمانت اجرای این تعهد معین می‌شود. برای مثال، در قولنامه‌ای که برای فروش اتومبیل تنظیم می‌شود، شرط می‌کنند که، هرگاه یکی از آن دو از حضور در محضر رسمی و انجام معامله

۱. کیهان (آرشیو حقوقی)، ۱۳۴۳، ص ۱۸۷ و ۱۸۸.
۲. در این باره، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۴۶.

منصرف شود، موظف است مبلغی به دیگری بدهد. در چنین فرضی اختلاف شده است که آیا قید وجه التزام بدین معنی است که متخلف با پرداخت آن دیگر التزامی به انجام دادن معامله ندارد، یا هدف این است که مشروطله در خواستن این وجه یا درخواست اجبار طرف خود به بیع آزاد باشد و بنابراین او می‌تواند الزام متعهد را به بستن عقد از دادگاه بخواهد؟

رویهٔ قضایی سالها در پاسخ قطعی بدین سؤال در تردید بود، تا سرانجام هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شمارهٔ ۱۱ ـ ۵۲/۳/۳ ردیف ۲۶، رأی دادگاه استان را که اظهارنظر کرده بود «**ضمانت اجرای عدم انجام معامله مطالبهٔ وجه التزام است نه درخواست الزام طرف به انجام معامله**» نقض کرد و، به پیروی از قصد مشترک طرفین، الزام متعهد به انجام معامله را نیز به اکثریت مجاز شمرد[۱].

حق نیز همین است، زیرا وجه التزام چیزی جز خسارت عدم انجام تعهد نیست، منتها خسارتی است که دو طرف دربارهٔ میزان آن توافق کرده‌اند. چنان که قانون مدنی نیز زیر عنوان «**در خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات**» در مادهٔ ۲۳۰ شرط مربوط به تأدیهٔ «وجه التزام» را مطرح ساخته است. بنابراین، طلبکار را نمی‌توان مجبور کرد که، در صورت عدم اجرای تعهد، تنها به گرفتن خسارت اکتفا کند و اصل تعهد را از مدیون نخواهد. به همین جهت است که متعهدله نمی‌تواند هم خسارت را بخواهد و هم اجرای تعهد اصلی را. زیرا، در این مورد، خسارتی که معین شده بدل اصل تعهد است و به جای آن داده می‌شود.

با وجود این، اگر از عبارت قرارداد و اوضاع و احوالی که آن را احاله کرده است، یا از داوری عرف در معاملهٔ خاصی، چنین برآید که مقصود دو طرف این بوده است که اجرای اصل تعهد یا پرداختن وجه التزام در اختیار متعهد باشد، دادرس باید مفاد قرارداد را محترم شمارد. منتها، باید تذکر داد که این تعبیر امری استثنایی و نیازمند دلیل است و قاعدهٔ کلی همانست که گفته شد: یعنی تعیین وجه التزام تأکید و ضمانت اجرای تعهد اصلی است و امکان مطالبهٔ اصل تعهد را از بین نمی‌برد[۲].

۱. نقل از مجلهٔ حقوق مردم، شمارهٔ ۳۱، بهار ۱۳۵۲، ص ۱۸.
۲. برای دیدن تفصیل بیشتر، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۴۵.

۲۹. قولنامهٔ فروش املاک ثبت شده :

چنان که گفته شد، اثر قولنامه ایجاد التزام به خرید و فروش است و نباید آن را عقد تملیکی شمرد. به ویژه، در خرید و فروش املاک ثبت شده، سند عادی قولنامه هیچ‌گاه دو طرف را از انتقال رسمی در دفتر اسناد رسمی بی نیاز نمی‌کند. زیرا، تنظیم سند رسمی انتقال مقدمهٔ ضروری ثبت ملک در دفتر املاک به نام خریدار است و مطابق مادهٔ ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک: «**همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده... مالک خواهد شناخت**».

این قاعده مربوط به نظم عمومی است و اعلام دو طرف در این که سند «بیعنامه» است اثری در امکان تخلف از آن ندارد. با وجود این، پاره‌ای از محاکم «بیعنامه» و اسناد خرید و فروش را تملیک می‌پندارند که باید از این پندار باطل پرهیز کرد[۱].

۳۰. تعهد فروش به اشخاص معین یا خودداری از فروش :

افزایش میزان تولید و دشواری بازاریابی برای کالاهای تولید شده به رقابت آزاد چهرهٔ خاصی داده است. سرمایه‌داران ناگزیر شده‌اند که به طور جمعی به تولید پردازند و در این راه از پاره‌ای آزادی‌ها صرفنظر کنند، و در مقام توزیع نیز قلمرو فعالیت هر مؤسسه را محدود به حوزهٔ معین سازند. شرکت‌های بزرگ صنعتی ناچارند برای فروش کالای خود با بسیاری از عاملان، که سهمی در تولید ندارند ولی لازمهٔ عرضهٔ کالا به مشتریان هستند، وارد گفتگو و معامله شوند. این اشخاص واسطه گاه به حساب تولید کننده و به عنوان کارگزار و حق‌العمل کار معامله می‌کنند، ولی در بیشتر موارد جنس را از کارخانه می‌خرند و به حساب خود می‌فروشند. در این گونه قراردادها، نه فروشنده می‌تواند واسطه‌ها را در کار خود آزاد بگذارد و نه خریداران عمده حاضرند بی‌قید و

۱. در این باره، رک، همان کتاب، ش ۴۳.

شرط از فروشنده جنسی بخرند. به همین جهت، هر خرید و فروشی جدا و مستقل انجام نمی‌گیرد. بین فروشنده (کارخانه) و نمایندگی ها قرارداد کلی بسته می‌شود، که شرایط بیع و چگونگی پرداخت قیمت را معین می‌کند، و ضمن آن فروشنده تعهد می‌کند که فرآورده‌های خود را تنها به وسیلهٔ نمایندگی‌ها عرضه کند و قیمت را تا مدت معین بالا نبرد، یا خریدار متعهد می‌شود که قیمت فروش بعدی را ثابت نگهدارد... و مانند اینها.

این گونه قراردادها، تا جایی که به نظم عمومی و اخلاق حسنه زیان نرساند نافذ است. خرید و فروشی که برخلاف مفاد این پیمان‌ها انجام شود باطل نیست، ولی وجه التزام‌های سنگینی که در آن شرط می‌شود به طور غیرمستقیم آزادی دو طرف را محدود می‌سازد.

۳۱. اسقاط حق فروش :

اگر در قراردادی، به جای اینکه خریدار و فروشنده به وسیلهٔ تعهد آزادی خود را محدود سازند، حق فروش را از خریدار بگیرند، بر این شرط چه آثار حقوقی بار است؟ برای مثال، پدری ملک خود را به فرزندش می‌فروشد، ولی چون می‌بیند که او هنوز تجربهٔ کافی در زندگی مالی ندارد و بیم آن می‌رود که ملک را بفروشد و به تنگدستی افتد، در عقد بیع شرط می‌کنند که خریدار تا بیست سال حق انتقال به غیر ندارد. این شرط از دو جهت مورد گفتگو قرار می‌گیرد:

۱. به موجب مادهٔ ۹۵۹ قانون مدنی: «هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» پس چگونه ممکن است خریدار ملکی حق فروش آن را، که به طور مستقیم در زمرهٔ حقوق مدنی و آثار مالکیت است، از خود سلب کند؟

پاسخ این است که در مادهٔ ۹۵۹ اسقاط حق مدنی «به طور کلی» منع شده است، و گرنه سلب حق «به طور جزئی» لازمهٔ آزادی قراردادها است و نمونه‌های فراوانی در قوانین دارد؛ چنانکه اسقاط حق شفعه در مادهٔ ۸۲۳ و اسقاط حق خیار در مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. یکی از راه‌های جزئی کردن اسقاط حق، محدود ساختن آن به زمان معین است. بنابراین، اگر خریدار ملکی حق فروش یا انتقال را برای

زمان محدود از خود سلب کند، این شرط با حکم مادهٔ ۹۵۹ ق.م. منافات ندارد. منتها، باید افزود که تمیز محدود بودن زمان با عرف است و، برای مثال، اگر اسقاط حقی برای مدت صد سال باشد، دیگر نباید آن را موقت پنداشت، زیرا عرف آن را در حکم «دائم» می داند.

بدین ترتیب، اثر این شرط ایجاد تعهد برای مشروط‌علیه نیست تا بتوان گفت کاری که برخلاف آن انجام شده نافذ است. در این مورد، مالک حق انتقال را از خود سلب کرده است و معاملهٔ او در حکم کسی است که، بدون داشتن حق، مالی را فروخته است. به همین جهت نیز گفته شد، فروش ملکی که حق انتقال آن ضمن قولنامه اسقاط شده قابل ابطال است[۱].

۲. انتقال مبیع به خریدار اثر اصلی عقد بیع است. مقتضای فروش مال این است که خریدار مالک آن شود. مالک نیز می‌تواند هرگونه تصرفی که می‌خواهد در مال خود بکند (مادهٔ ۳۰ قانون مدنی).

پس، اگر در قراردادی حق فروش ملک از خریدار گرفته شود، آیا نمی‌توان گفت که این شرط با مالکیت او و در نتیجه با مقتضای عقد بیع مخالف است؟

در این مورد نیز باید داوری عرف را به عنوان معیار پذیرفت: یعنی باید دید که آنچه خریدار در اثر شرط از دست داده است چنان اهمیت دارد که در نظر عرف دیگر مالک نباشد یا شرط تنها از اختیار مالک کاسته است؟ تنها در فرض نخست شرط با مقتضای بیع مخالفت دارد، و محدود ساختن حق فروش یا انتقال از این قبیل نیست.

۳۲. اجاره همراه با وعدهٔ بیع :

پیوند اجاره و بیع در حقوق ما نهاد تازه‌ای پرورده است که «اجاره به شرط تملیک» نامیده می‌شود (قانون عملیات بانکی بدون ربا، مادهٔ ۱۲). اجاره‌هایی که همراه با شرط تملیک واقع می‌شود و مقدمه بیع قرار می‌گیرد، به اعتبار نوع وعدهٔ آن، دو گونه است:

۱. دربارهٔ امکان «سلب و اسقاط حقوق مدنی، رک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، قرائت و تمرین ۳.

۱. **اجاره‌ای که همراه با وعدهٔ فروش است** : در این اجاره‌ها، مستأجر آزاد است که با انتخاب بیع و فراهم آوردن شرایط آن (مانند پرداختن بقیهٔ بهای مبیع) آنچه را که مدتی به عنوان اجاره در اختیار داشته است تملک کند. در این فرض، آنچه به عنوان «اجاره‌بها» پرداخته شده است، اقساط بهای مبیع محسوب می‌شود. در مدت اجاره، مبیع از آن مالک است، ولی این التزام را دارد که آن را به دیگری انتقال ندهد و آماده نگاهدارد تا اگر مستأجر مایل باشد، با پرداخت بقیهٔ ثمن در پایان اجاره، آن را تملک کند.

۲. **اجاره‌ای که به تملیک منتهی می‌شود** : بدین ترتیب که مالی به اجاره داده می‌شود و در آن شرط می‌کنند که، پس از پایان اجاره و با پرداخت آخرین اجاره‌بها، مورد اجاره به مستأجر انتقال یابد (مادهٔ ۱۳ آئین‌نامه شورای پول و اعتبار).

پس، بر پایهٔ قصد مشترک و واقعی آنان، در تعریف «اجاره به شرط تملیک» می‌توان گفت: **«بیعی است که وعدهٔ متقابل آن به صورت اجارهٔ مبیع به خریدار درآمده است»**.

گفتار دوم : وجود و سلامت اراده

۳۳. ارادهٔ باطنی و اعلام اراده :

عقد بیع تابع قواعد عمومی قراردادها است: خریدار و فروشنده باید دارای قصد و رضا باشند، یعنی باید در محیطی آزاد تصمیم بگیرند و مفاد عقد را در ذهن خود به وجود آورند. ولی این ارادهٔ باطنی، تا زمانی که اعلام نشده و جنبهٔ بیرونی نیافته است، اثر حقوقی ندارد. اراده به وسیلهٔ دو طرف یا نمایندگان آنان اعلام می‌شود. پیشنهاد «معامله» با ایجاب و پذیرفتن آن با «قبول» تحقق می‌یابد، چنان که مادهٔ ۳۳۹ قانون مدنی می‌گوید: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود...».

۳۴. بیع با داد و ستد (معاطات) :

ضرورتی ندارد که وسیلهٔ بیان اراده لفظ باشد. قانون مدنی، پذیرفته است که بیع به داد و ستد انجام شود (بخش اخیر مادهٔ ۳۳۹). بنابراین، در مواردی که قیمت کالایی

معین است و خریدار از اوصاف مبیع اطلاع دارد، ممکن است بدون هیچ گفتگویی مبیع با پول مبادله شود: مانند فروش سیگار و کبریت و پاره‌ای از نوشیدنی‌ها و غذاهای ساده به‌وسیلهٔ ماشین‌های خودکار. بیعی را که به داد و ستد انجام می‌شود در اصطلاح «معاطات» می‌گویند.

۳۵. لزوم بیان صریح :

قانون مدنی در مادهٔ ۳۴۰ مقرر داشته است که: «در ایجاب و قبول، الفاظ و عبارات باید صریح در معنی باشد». ولی، باید دانست که این صراحت را باید عرف معین کند. برای مثال، اگر روزی لازم بود که در خرید و فروش لفظ «بیع» به کار رود، امروز این ضرورت احساس نمی‌شود و نمی‌توان ادعا کرد که، اگر فروشنده‌ای در مقام فروش مالی گفت «انتقال دادم»، بیع واقع نشده است. دادرس باید به ارادهٔ واقعی و خواست‌های دو طرف بیش از معانی الفاظ توجه داشته باشد.

پس، باید پذیرفت که واژهٔ «صریح» در مادهٔ ۳۴۰ ق.م. به معنی قاطع و روشن است و نمی‌توان از آن نتیجه گرفت که با قبول ضمنی پیشنهاد فروش (مانند فروختن مالی که همراه با ایجاب برای خریدار فرستاده شده است)، بیع واقع نمی‌شود و نیاز به بیان صریح دارد.

۳۶. اصل رضایی بودن بیع :

بیع از عقود رضایی است، یعنی تنها در اثر توافق خریدار و فروشنده واقع می‌شود و نیاز به عامل دیگری ندارد. در بیان اراده نیز هیچ‌گونه تشریفات و قیدی لازم نیست، زیرا نوشته یا الفاظ و حرکات نقشی جز اثبات ارادهٔ باطنی ندارد.

با وجود این، اصل رضایی بودن بیع نیز بی‌استثنا نمانده است و در موارد زیر به تشریفات دیگری نیز نیاز دارد:

۱. در بیع صرف، قبض از شرایط وقوع معامله است، یعنی انتقال با تسلیم مبیع صورت می‌گیرد و ایجاب و قبول به تنهایی اثری ندارد (مادهٔ ۳۶۴ ق.م.).

۲. فروش اموال دولتی باید با مزایده انجام شود.

۳. در مواردی که اموال محکوم‌علیه به منظور اجرای حکم به فروش می‌رسد، عقد بیع با تشریفات خاصی انجام می‌شود که تخلف از آنها باعث بطلان بیع است. از جمله «فروش در حضور دادورز و نمایندهٔ دادسرا به عمل می‌آید و صورت‌مجلس فروش به امضاء آنها می‌رسد» (مادهٔ ۱۲ قانون اجرای احکام مدنی). برای فروش باید اعلان شود و بیع از راه مزایده باشد (موارد ۱۱۴ و ۱۱۸ همان قانون).

۳۷. بیع املاک :

بر طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، کلیهٔ عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک ثبت شده و همچنین املاکی که ثبت نشده، ولی در نقاطی واقع است که وزارت دادگستری مقتضی می‌داند، باید با سند رسمی انجام شود. مادهٔ ۴۸ در مقام بیان ضمانت اجرای این حکم می‌گوید: «**سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچیک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.**»

مادهٔ ۲۲ قانون ثبت نیز دربارهٔ املاک ثبت شده مقرر می‌دارد: «**همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به نام او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده... مالک خواهد شناخت...**»[1].

حال باید دید که، اگر معاملهٔ ملکی با سند عادی انجام شود ولی دو طرف در دادگاه به وقوع آن اعتراف کنند، آیا دادگاه می‌تواند حکم به وقوع بیع دهد، یا شناسائی بیع، حتی در رابطهٔ خریدار و فروشنده نیز، با قانون ثبت منافات دارد؟

به نظر می‌رسد که باید بین املاکی که هنوز به ثبت نرسیده و وزارت دادگستری، به استناد مادهٔ ۴۷ قانون ثبت، تنظیم سند رسمی را در انتقال ضروری دانسته است با املاک ثبت شده تفاوت گذارد:

۱. دربارهٔ این ادعا که بیع با ایجاب و قبول واقع می‌شود و بر طبق مادهٔ ۲۲ ق.ث. بیع واقع شده را باید ثبت کرد و پاسخ به آن، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۷۴، ص ۲۵۶ و ۲۵۷.

۱. در مورد گروه نخست، یعنی املاک ثبت نشده، چون ضمانت اجرای تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک تنها اینست که سند عادی در دادگاه پذیرفته نشود (مادهٔ ۴۸)، باید پذیرفت که تشریفات ثبت برای اثبات عقد است نه وقوع آن. بنابراین، اگر خوانده به وقوع بیع اقرار کند، دادگاه باید آن را به عنوان دلیل بپذیرد.

۲. برعکس، دربارهٔ املاک ثبت شده، چون مادهٔ ۲۲ صراحت دارد که «**دولت فقط... کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده... مالک خواهد شناخت...**» وقوع بیع بستگی به تشریفات ثبت دارد. در مورد این گونه املاک، تمیز مالکیت چهرهٔ نوعی و کلی پیدا کرده است و نمی‌توان کسی را در برابر خواندهٔ دعوا مالک و در برابر دیگران غاصب دانست.

۳۸. عیوب اراده :

عیوب اراده و آثار آن را باید در «قواعد عمومی قراردادها» مطالعه کرد. ولی قانون مدنی به این کلیات قناعت نکرده است و در مادهٔ ۳۳ می‌گوید: «**هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیرجنس باشد نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به مابقی مشتری حق فسخ دارد.**»

برای فهمیدن این ماده لازم به یادآوری است که، بر طبق مادهٔ ۲۰۰ قانون مدنی، اشتباه در خود موضوع معامله موجب عدم نفوذ معامله است.

دربارهٔ معنی «خود موضوع معامله» و تمیز آن از سایر اوصاف موضوع گفتگو بسیار است. همین اندازه می‌توان گفت، صفت یا مجموعه‌ای از صفات موضوع که در نظر طرفین جنبهٔ اساسی دارد و معامله به خاطر آن واقع می‌شود «خود موضوع معامله» را تشکیل می‌دهد و اگر در این اوصاف اشتباهی رخ دهد از عیوب اراده است. بنابراین، اگر کسی سکهٔ قدیمی را که طلا است به قیمت گزاف و به عنوان عتیقه بخرد، در نظر طرفین صفت «قدیمی بودن» چیزی است که محرک اصلی مبادله شده و در برابر آن پول پرداخته شده است. پس، اگر در این صفت اشتباهی رخ دهد، اشتباه در خود موضوع معامله است و، برعکس، صفت «طلا بودن» از اوصاف فرعی

است که در برابر قیمت اصلی به حساب نیامده. ولی، هرگاه سکهٔ طلای جدیدی که به عنوان زیور فروخته می‌شود از آن جنس نباشد، چون در این معامله وصف «طلا بودن» اساسی است، باید گفت اشتباه در «خود موضوع معامله» واقع شده است.

مادهٔ ۳۵۳ یکی از مصداقهای اشتباه در «خود موضوع معامله» را بیان می‌کند و یادآور می‌شود که این اشتباه سبب بطلان بیع است نه عدم نفوذ آن. بنابراین، هرگاه ۱۰ کیسهٔ معین گندم فروخته شود و پس از تحویل طرفین دریابند که کیسه‌ها جو بوده است، عقد بیع باطل است. همچنین، اگر انگشتری که به عنوان زمرد فروخته شده از آن جنس نباشد، قرارداد به علت اشتباه در خود موضوع معامله باطل خواهد بود. دلیل بطلان این است که آنچه رخ داده با آنچه مقصود بوده مخالف است[۱].

تنها پرسشی که باقی می‌ماند اینست که، اگر فقط بخشی از مبیع از جنس موصوف بین طرفین نباشد، آیا باید بیع را نسبت به تمام آن کالا باطل دانست یا می‌توان تبعیض کرد و فروش را نسبت به بخشی که از جنس مورد توافق بوده است درست و نسبت به بخش دیگر باطل است؟ برای مثال، اگر پنج کیسه از گندمهای فروخته شده جو درآید، آیا بیع نسبت به همین کیسه باطل است یا عقد به کلی اثر ندارد؟

پاسخ این پرسش در قسمت اخیر مادهٔ ۳۵۳ داده شده است: در موردی که مبیع قابلیت تبعیض را دارد، مانند مثال مربوط به فروش گندم، قرارداد فروش به اعتبار موضوع خود به دو عقد باطل و درست تحلیل می‌شود و بیع تنها نسبت به بخشی که از جنس معهود نبوده باطل است. منتها، برای این که رعایت ارادهٔ خریدار نیز شده باشد، او می‌تواند قسمتی از بیع را که واقع شده است فسخ کند. این اختیار را در اصطلاح **«خیار تبعّض صفقه»** می‌نامند.

۱. ما وقع لم یُقصد و ما قُصد لم یقع.

مبحث دوم: اهلیت طرفین

۳۹. اجرای قواعد عمومی در بیع :

با این که بیع، از حیث لزوم اهلیت دو طرف، تابع قواعد عمومی قراردادها است، مادهٔ ۳۴۵ قانون مدنی به این قواعد اکتفا نکرده و مقرر داشته است که:«**هریک از بایع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.**» پس، در عقد بیع، وجود دو شرط در خریدار و فروشنده ضروری است:

۱) اهلیت به معنی خاص: که در مادهٔ ۳۴۵ ق.م. به اهلیت قانونی برای معامله تعبیر شده است.

۲) اهلیت برای تصرف در مبیع و ثمن، که باید آن را اختیار تصرف نامید.

منظور مادهٔ ۳۴۵ از «اهلیت تصرف» این است که خریدار و فروشنده اختیار تصرف درموضوع تعهد خود را داشته باشند. برای مثال، اگر مالی در اثر قرار دادگاه تأمین یا در مقام اجرای حکم توقیف شود، مالک حق تصرف در آن را ندارد. همچنین، پس از صدور حکم توقف، ورشکسته نمی‌تواند اموال خود را بفروشد. ادارهٔ اموال او با طلبکاران است و مدیر تصفیه یا ادارهٔ تصفیه این وظیفه را به نمایندگی آنان به عهده دارد. ولی آیا ورشکسته را می‌توان محجور نامید و بین اختیار تصرف در مال و اهلیت تصرف تفاوتی وجود ندارد؟

ماهٔ ۱۲۰۷ قانون مدنی محجورین را شمرده و اختصاص به صغار و اشخاص

غیررشید و مجانین داده است. بنابراین، کسی که کودک و سفیه و دیوانه نباشد، اهلیت تصرف در اموال خود را دارد. در عرف حقوقی ما واژهٔ «حجر» برای کسانی به کار می‌رود که، به دلیل نقص عقل یا تجربه، از تصرف در مالی ممنوع شده‌اند و به اشخاصی که به دلیل تعهدات خود از تصرف در دارایی خویش یا مال معینی از آن ممنوع شده‌اند «محجور» نمی‌گویند، زیرا اینان ارادهٔ سالم دارند. ورشکسته تنها در مال خود نمی‌تواند تصرف کند، زیرا امکان دارد به زیان طلبکاران یا پاره‌ای از آنها تمام شود، ولی می‌تواند به وکالت یا قیمومت و ولایت در مال دیگران تصرف کند. پس، باید پذیرفت که مادهٔ ۳۴۵ از اصطلاح متعارف به دور افتاده است و شایسته بود چنین تنظیم شود: **«هریک از بایع و مشتری باید، علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اختیار تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد.»**

۴۰. اهلیت نابینایان :

نابینایی از موارد حجر نیست، زیرا نابینایان می‌توانند به وسایل دیگری از چگونگی و شرایط مبیع و قرارداد خرید و فروش اطلاع پیدا کنند. این است که مادهٔ ۴۴۷ قانون مدنی اعلام می‌کند: **«شخص کور می‌تواند خرید و فروش نماید، مشروط بر اینکه شخصاً به طریقی غیر از معاینه یا به‌وسیلهٔ کس دیگر (ولو خود بایع) جهل او مرتفع شود.»** این حکم، برای رد نظر فقیهانی است که نابینا را برای معامله صالح نمی‌دانند.[1]

۴۱. عدم اهلیت خاص:

گذشته از موارد عدم اهلیت (مانند کودکی و جنون) گاه قانونگذار به دلایلی خرید و فروش بین اشخاص معین را منع می‌کند: مانند معاملهٔ قیم با مولی‌علیه خود (مادهٔ ۱۲۴۰ ق.م.) و شرکت نخست‌وزیر و وزیران و نمایندگان مجلسین و سایر کارکنان دولت و شهرداری و اقوام نزدیک آنها در معاملات دولتی (قانون منع مداخله مصوب دیماه ۱۳۳۷) و انتقال گرفتن حق

۱. در تأیید درستی بیع، رک. شیخ طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۱۹ ـ و برای دیدن نظر مخالف، امام محمد غزالی، احیاءالعلوم، ج ۲، ش ۱۷۵، ص ۷۶۷.

مورد دعوا از طرف وکیل به خود (مادهٔ ۳۹ قانون وکالت).

پاره‌ای از نویسندگان این‌گونه محدودیت‌ها را از موارد عدم اهلیت ندانسته‌اند و دلیلشان اینست که این اشخاص می‌توانند همین قراردادها را با دیگران ببندند. برای مثال، قیم نمی‌تواند باغ خود را به کودکی که در سرپرستی اوست بفروشد، ولی اهلیت این معامله را از دست نداده است[1]. برعکس، جمعی دیگر این گونه محدودیت‌های خاص را نیز «عدم اهلیت» نامیده‌اند و بر همین مبنا حجر را به عام و خاص تقسیم کرده‌اند[2].

این بحث، از لحاظ حقوق مدنی، بیشتر جنبهٔ نظری دارد ولی در حقوق بین‌الملل خصوصی، هنگام تمیز قانون حاکم بر اهلیت اشخاص، اهمیت پیدا می‌کند.

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۵۴۵.
۲. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۲، ش ۶۸۴ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۲۲۹.

مبحث سوم: موضوع عقد بیع

۴۲. طرح بحث:

عقد بیع دارای دو موضوع است: ۱) مبیع ۲) ثمن. گفته شد که در عرف کنونی ثمن به طور معمول پول است نه کالا. بنابراین، مهم‌ترین بحث دربارهٔ قیمت یا ثمن، لزوم آن در قرارداد و تعادل میزان آن با ارزش مبیع است. مسألهٔ وجود ثمن در فصل نخست مورد گفتگو قرار گرفت و دیدیم که چه‌گونه باید صورت‌سازی‌ها را نادیده گرفت و عقدی را بیع دانست که در آن ثمن واقعی در برابر مبیع قرار داده شده باشد (ش. ۱). بر هم خوردن تعادل بین میزان قیمت و ارزش واقعی مبیع نیز در حقوق ما اصولاً به درستی عقد خلل نمی‌رساند. کسی که از این عدم تعادل زیان می‌برد حق دارد معامله را فسخ کند و ما به این اختیار، که «خیار غبن» نامیده می‌شود، اشاره‌ای داشته‌ایم (ش ۱۰) و تفصیل مطلب را باید در قواعد عمومی مطالعه کرد[1].

در موارد استثنایی نیز، که ثمن کالایی است که با مبیع مبادله می‌شود و دو طرف آن را به دیدهٔ «قیمت مبیع» می‌نگرند، بررسی طبیعت ثمن و چگونگی تعیین و اوصاف آن اقتضای بحث ویژه‌ای را نمی‌کند، زیرا قواعد حاکم بر مبیع را دربارهٔ آن می‌توان اجرا کرد. به عنوان قاعده می‌توان گفت: شرایط لازم در مبیع (مانند وجود و تعیین) در ثمن نیز لازم است[2]. بنابراین، مبحث مربوط به «موضوع عقد بیع» اختصاص به مبیع پیدا می‌کند.

۱. قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۹۷۶ به بعد؛ دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۲۸۶ به بعد.

۲. در این باره، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۰۱ به بعد.

۴۳. احکام مبیع :

احکام مربوط به مبیع را در چهار گفتار جداگانه می‌توان بررسی کرد: طبیعت مالی که می‌تواند مبیع قرار گیرد، اوصاف مبیع، تعیین مبیع و قدرت بر تسلیم مبیع. گفتار نخست را در مبحث مربوط به اوصاف عقد بیع مطالعه کردیم و دیدیم که مبیع باید عین باشد نه منفعت. اقسام عین را نیز در کتاب اموال دیده‌ایم. پس، این مبحث را می‌توان به سه گفتار: ۱) اوصاف مبیع ۲) تعیین مبیع ۳) قدرت بر تسلیم مبیع، اختصاص داد:

گفتار نخست : اوصاف مبیع

۴۴. شمار این اوصاف:

عقد بیع در صورتی درست است که مبیع این اوصاف را دارا باشد:

۱) هنگام عقد موجود باشد؛

۲) مالیت داشته باشد؛

۳) قابل خرید و فروش باشد؛

۴) معلوم و معین باشد؛

۵) بایع قدرت بر تسلیم آن را داشته باشد؛

۶) ملک بایع باشد.

از شرط پنجم در بحث مربوط به تسلیم گفتگو خواهیم کرد و جای شرط ششم نیز در قواعد عمومی قراردادها «معاملات فضولی» است.[1] بنابراین، تنها از چهار شرط دیگر به ترتیب گفتگو خواهیم کرد:

۴۵. لزوم وجود مبیع هنگام عقد؛ عقد معین :

در موردی که مبیع عین معین یا در حکم آنست، باید هنگام عقد موجود باشد. خرید و فروش مال معینی که وجود خارجی ندارد باطل است (مادهٔ ۳۶۱ قانون مدنی). زیرا در

۱. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۴۴ به بعد؛ اعمال حقوقی، ش ۱۸۹ به بعد.

این مورد عقد تملیکی است و مبیع باید موجود باشد تا بتواند مورد انتقال قرار گیرد. دربارهٔ بیعی که موضوع آن در حکم معین است، باید افزود که هنگام بسته شدن عقد، باید تمام شیء متساوی‌الاجزاء یا دست کم مقداری از آن که موضوع بیع قرار گرفته است، موجود باشد.

برای مثال، اگر کشاورزی یک خروار از گندم‌های موجود در انبار خود را بفروشد، بیع در صورتی درست است که این مقدار گندم در انبار باشد. درست است که تملیک تنها با عقد انجام نمی‌شود و فروشنده باید گندم را انتخاب و تسلیم خریدار کند، ولی چون او در این انتخاب آزاد نیست و باید از گندم‌های انبار مبیع را برگزیند، اگر یک خروار گندم نداشته باشد، بیع به سبب نداشتن موضوع باطل است. برعکس، اگر فروشنده گمان کند که پنجاه خروار گندم دارد و یک خروار از آنها را بفروشد و بعد معلوم شود که ۴۹ خروار آن در زمان عقد سوخته بوده است، بیع درست است. زیرا، خریدار حق عینی بر گندمها نداشته؛ طلبکار از فروشنده بوده است که یک خروار گندم انبار او را بگیرد. این طلب نیز قابل پرداخت است و با سوختن گندم‌ها خود به خود مالک بقیه خواهد شد.

لزوم وجود عین در زمان عقد ناظر به موارد عادی است که دو طرف بر مبنای وجود عین تراضی می‌کنند. ولی، آنان می‌توانند سببی بیافرینند که نفوذ و کارایی آن منوط به وجود عین باشد: مانند فروش میوهٔ آینده درخت و آپارتمان‌های ساخته نشده و فروش کالاهایی که به سفارش خریدار ساخته می‌شود[1].

۴۶. مبیع کلی :

در موردی که مبیع کلی است، لزومی ندارد که فروشنده مصداقی از آن را هنگام عقد داشته باشد. برای مثال، در همان فروش گندم، اگر مبیع یک خروار به طور کلی بود، از بین رفتن تمام گندم‌های موجود در انبار نیز عقد را باطل نمی‌کرد. زیرا، در این فرض فروشنده به مقدار یک خروار گندم به خریدار بدهکار است و می‌تواند موضوع دین را

۱. رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۸۸.

تهیه و تسلیم کند. در مواردی که خریدار ساختن شییء معینی را به فروشنده سفارش می‌دهد، عقد بیع از جهتی عهدی و به اعتباری تملیکی است: در اثر عقد مالی به خریدار تملیک نمی‌شود، و فروشنده عهده‌دار تهیه و تملیک آنست و از این دیدگاه مبیع صورت ویژه‌ای از کلی است ولی، از این لحاظ که سبب تملیک با عقد بیع ایجاد شده است باید آن را تملیکی شمرد؛ منتها تملیکی که تحقق آن منوط به ایجاد مبیع است. بنابراین، اگر شرکتی از کارخانهٔ هواپیماسازی ده فروند هواپیما بخرد، که ظرف دو ماه تحویل داده شود، ضرورتی ندارد که هنگام امضای قرارداد کارخانه هواپیماها را آماده داشته باشد. ولی، اگر پس از امضای پیمان کارخانه از بین برود یا شرکت سازندهٔ آن منحل شود، بیع باطل خواهد شد (مادهٔ ۳۷۲ قانون مدنی).

۴۷. تلف بخشی از مبیع پیش از عقد :

گفته شد که، ممکن است خریدار و فروشنده مالی راکه هنگام عقد از بین رفته بوده است موجود پندارند و بر مبنای این اعتقاد نسبت به آن معامله کنند. برای مثال، کالایی با کشتی در راه حمل به ایران است؛ گیرنده نمی‌داند که کشتی غرق شده و آن را می‌فروشد، چنین بیعی باطل است. ولی، اگر تنها نیمی از کالا در اثر حادثه از بین رفته باشد، عقد بیع چه وضعی دارد، آیا تنها نسبت به بخشی که در زمان عقد تلف شده باطل است یا بیع اثر حقوقی ندارد؟

از مواد ۳۷۲ و ۴۴۱ ق.م. بر می‌آید که قانونگذار در این گونه موارد عقد را، به اعتبار موضوع آن، تحلیل به دو عقد درست و باطل می‌کند: دربارهٔ آنچه مبیع وجود داشته عقد درست است و نسبت به بقیه باطل. منتها، این حکم در صورتی است که برای بخش باقی مانده بتوان ارزشی قائل شد. پس، اگر لباسی فروخته شود و معلوم گردد که نیمی از لباس سوخته است تمام عقد باطل است.

ولی این پرسش هنوز باقی است که، در چنین حالتی، آیا خریدار را می‌توان به پذیرفتن بخشی از مبیع اجبار کرد و به این استناد که، عقد تنها در قسمت تلف شده باطل است، او را به بخش دیگر عقد پای‌بند دانست؟

قانون مدنی، در صورتی که خریدار آگاه بر این وضع نباشد، به او اختیار داده است که یا عقد را نسبت به بخش باقی مانده نگهدارد و به نسبت از ثمن کسر بگذارد یا آن را فسخ کند. این اختیار را **«خیار تبعض صفقه»** می‌نامند.

۴۸. مبیع باید مالیت داشته باشد :

عقد بیع، از این لحاظ تابع قواعد عمومی قراردادها و در صورتی درست است که موضوع آن مال باشد (مادهٔ ۲۱ ق.م.). پیشرفت صنعت، انسان را روز به روز بر طبیعت چیره می‌سازد تا از همهٔ عناصر موجود در آن بهره‌برداری کند. چیزی که فایده برساند کم و بیش ارزش می‌یابد و در زمرهٔ اموال درمی‌آید. بنابراین، به دشواری می‌توان مثالی آورد که در آن چیزی به دلیل نداشتن مالیت نتواند موضوع داد و ستد قرار گیرد. به ویژه که اشخاص در پی سودجویی هستند و در شرایط عادی چیزی را که بر آن فایده‌ای نباشد نمی‌خرند.

مثال متعارف در این گونه قراردادها موردی است که شخص یادگارهای خانوادگی خود را می‌خرد: اشیایی که برای دیگران ارزش مادی ندارد، ولی برای او در زمرهٔ کالاهای پرارزش است. پس، این پرسش به میان می‌آید که معیار مالیت داشتن داوری عموم است یا منفعت عقلایی و مشروعی که دو طرف در نظر دارند؟

باطل شناختن چنین بیعی برخلاف منطق و عرف است و باید مالیت داشتن را مفهومی نسبی انگاشت. دیوان کشور نیز در رأی شمارهٔ ۵۸۹۲ - ۳۸/۱۱/۱۰ هیأت عمومی، نسبی بودن مفهوم مالیت را پذیرفته است. زیرا، استدلال می‌کند: **«... چون شرکت نسبت به موضوعی تشکیل شده که نزد شرکاء مالیت داشته و انعقاد چنین شرکتی خارج از حدود قانون نبوده... لذا استدلال دادگاه صحیح نیست...»**[1]. با این که رأی در پاسخ پرسشی که با آن روبرو هستیم صادر نشده، ولی از این حیث که دیوان کشور مالیت داشتن موضوع عقد را بین شرکاء کافی دانسته است، می‌تواند مؤید نتیجهٔ یاد شده به حساب آید.

۱. کیهان، مجموعهٔ رویهٔ قضایی از ۲۸ تا ۴۲، ج ۲، ص ۳۲۵.

۴۹. مبیع قابل خرید و فروش باشد :

به موجب مادهٔ ۳۴۸ قانون مدنی: **«بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است... باطل است».** علاوه بر مواردی که اشخاص به وسیلهٔ قرارداد (شرط عدم انتقال) خرید و فروش مالی را ممنوع می‌سازند، قوانین نیز برای حفظ اموال عمومی یا رعایت بهداشت یا نظم عمومی خرید و فروش پاره‌ای از اموال را باطل دانسته است:

۱. گاه بطلان بیع به دلیل این است که پاره‌ای اموال به عموم تعلق دارد و نمی‌تواند به ملکیت اشخاص درآید: مانند راه‌ها و پل‌ها و میدانگاه‌های عمومی و باغ‌های ملی (مواد ۲۳ تا ۲۷ ق.م.).

۲. ارادهٔ مالک نیز می‌تواند، با حبس مال خود، برای همیشه یا مدت معین، آن را غیرقابل خرید و فروش سازد. نمونهٔ بارز این گونه اموال وقف است، که مادهٔ ۳۴۹ قانون مدنی دربارهٔ آن می‌گوید: **«بیع مال وقف صحیح نیست، مگر در موردی که بین موقوف علیهم اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است».**

۳. حفظ منافع عموم نیز ایجاب می‌کند که دولت‌ها به طور محدود و موقت یا دایم خرید و فروش پاره‌ای اشیاء را ممنوع سازند: مانند منع فروش اشیاء عتیقه به اشخاص (مادهٔ ۹ قانون راجع به حفظ آثار ملی) یا فروش مواد مخدر (مادهٔ ۵ قانون منع کشت خشخاش و استعمال مواد افیونی) و خرید و فروش اسلحه (مادهٔ ۴۳ قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۲۹ اسفند ۱۳۱۲).

۵۰. مبیع باید معلوم و معین باشد :

در نخستین نگاه به نظر می‌آید که دو شرط «معلوم بودن» و «معین بودن» یکی است، زیرا هرچه معین باشد معلوم است و هرچه معلوم باشد معین.

ولی، باید دانست که این دو واژه یک مفهوم را نمی‌سازند. مقصود از «معلوم» اینست که مبیع مبهم نباشد (مادهٔ ۲۱۶ ق.م.). خریدار و فروشنده باید به دقت بدانند که چه

می‌گیرند و در برابر آن چه می‌دهند. اما مقصود از «معین» که در مادهٔ ۱۹۰ به آن اشاره شده اینست که مبیع یکی از دو چیز معلوم نباشد.

خریدار و فروشنده سرانجام باید فرد مبیع را بشناسند و مبیع جنبهٔ احتمالی نداشته باشد. در فقه، معامله‌ای که در آن مبیع مبهم یا مردد باشد باطل است و معامله را «غرری» می‌نامند. به عنوان مثال، مشهور است که حیوان فراری را نمی‌توان فروخت، هرچند که احتمال یافتن آن وجود داشته باشد[1].

قانون مدنی نیز از این قاعده پیروی کرده است و ما در گفتار آینده راه‌های تعیین مبیع را در اقسام گوناگون آن خواهیم دید.

گفتار دوم : تعیین مبیع

۵۱. تقسیم مطالب:

همان‌گونه که در اوصاف مبیع آمد، موضوع خرید و فروش باید معلوم باشد. چگونگی تعیین مبیع و معلوم ساختن آن در همهٔ موارد یکسان نیست. در مواردی که مبیع عین معین است باید فرد آن معین شود، در حالی که وقتی مبیع کلی است تعیین مقدار و جنس و وصف آن کفایت می‌کند. بنابراین، بخش اول این گفتار را اختصاص به چگونگی تعیین مبیع در موارد گوناگون می‌دهیم.

ولی گاه هست که مقدار مبیع روشن نیست، و به همین دلیل آن را به شرط داشتن مقدار معین یا بر این مبنا مورد معامله قرار می‌دهند. قانون مدنی در مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ صورت‌های گوناگون این تبانی و آثار آن را معین می‌سازد که شایسته است جداگانه بررسی شود و بخش دوم به آن اختصاص می‌یابد.

تعیین مبیع به تنهائی برای روشن شدن موضوع معامله و رفع اختلاف کافی نیست. هرچیز توابعی دارد که استفادهٔ از آن را کامل می‌سازد و به حکم عرف با فروش اصل آن همراه است. تعیین توابع مبیع همیشه آسان نیست و بایستی بخش سوم به آن اختصاص یابد.

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۸۸.

الف : چگونگی تعیین مبیع

۵۲. مبیع معین :

در موردی که مبیع عین معین است باید در خارج چنان معین شود که بتوان به آن اشاره کرد. ضرورتی ندارد که خریدار آن را ببیند، ولی لازم است اوصاف چیز معین و رابطهٔ بین او و فروشنده معین شود تا بداند چه می‌خرد. پرسشی که باقی می‌ماند این است که، اگر مبیع هنگام عقد یکی از چند چیز باشد اما شرایط عقد چنان باشد که در آینده بتوان فرد آن را معین کرد، آیا چنین بیعی درست است؟

برای مثال، مالکی که چند اسب او در مسابقه شرکت دارد اسب برنده را می‌فروشد، یا جواهرفروشی هر انگشتری را که همسر خریدار بپسندد به مبلغ معین به او انتقال می‌دهد. در زمان عقد موضوع مورد انتقال معین نیست ولی با انجام مسابقه یا مراجعهٔ همسر خریدار می‌توان آن را معین ساخت، پس ممکن است پرسیده شود که چرا نباید این خرید و فروش را نافذ شمرد؟

در حقوق فرانسه چنین قراردادی را نافذ می‌دانند[1]، ولی تأیید این نظر در حقوق ما دشوار است. زیرا، از ظاهر مادهٔ ۳۴۲ چنین بر می‌آید که مبیع باید هنگام عقد معین باشد و قابلیت تعیین کافی نیست، مگر اینکه پذیرفته شود که در دید معامله کنندگان اسب‌ها در حکم چند مال مثلی است[2]. به طریق اولی، اگر یکی از چند چیز فروخته شود، هرچند که اوصاف هریک از آنها معلوم باشد، چنین عقدی باطل است. زیرا در آینده نیز نمی‌توان موضوع عقد را تعیین کرد.

برعکس، هرگاه اشیایی که یکی از آنها مورد بیع قرار گرفته است از حیث ارزش و اوصاف یکسان باشد بیع درست است، زیرا در چنین حالتی فرض غرر وجود ندارد. در واقع، مبیع به منزلهٔ کلی در معین (مقدار معین از شییء متساوی‌الاجزاء) است و فروشنده حق انتخاب فرد مبیع را دارد، مگر اینکه این حق به خریدار داده شود. برای

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۸۴۵.
۲. رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۹۹.

مثال، اگر کسی یکی از بخاری‌های ارج دکان خود را بفروشد، یا یک بشقاب از سرویس چینی خود را انتقال دهد، نمی‌توان بیع را به دلیل معین نبودن فرد مبیع، باطل دانست.

همچنین، اگر فروشنده‌ای پیشنهاد فروش یکی از دو چیز را که ارزش برابر ندارند بکند و بهای هریک را معین سازد و به مشتری اختیار دهد تا هرکدام را که می‌خواهد انتخاب کند، تردید در درستی بیع روا نیست. زیرا در واقع ایجاب فروشنده ترکیبی از دو پیشنهاد گوناگون است، و خریدار هرکدام را که انتخاب کند موضوع عقد بیع همانست. بیع در زمان قبول واقع می‌شود و، چون در این لحظه مبیع معین است، عقد نسبت به آن منعقد خواهد شد.

۵۳. اوصاف لازم برای مبیع :

فرض می‌کنیم که فرد مبیع در رابطهٔ دو طرف معین است. خریدار باید چه اوصافی از این کالای معین را بداند تا عقد غرری به حساب نیاید و چه‌گونه باید به این اوصاف پی برد؟

مادهٔ ۳۴۲ قانون مدنی چنین پاسخ داده است: «**مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است**». بنابراین، قاعدهٔ ثابتی برای چگونگی دانستن مقدار مبیع نمی‌توان به دست داد؛ باید دید در داد و ستد آن کالا رسم محل چیست. برای روشن شدن مفهوم مادهٔ ۳۴۲، فرض می‌کنیم که مبیع مقداری سنگ قیمتی است. به حکم این ماده، باید معلوم شود که چند عدد است (مقدار)، فیروزه است (جنس) و اندازه و رنگ فیروزه‌ها چیست (وصف).

۵۴. مبیع کلی :

در موردی که مبیع کلی است، چون دربارهٔ فرد مبیع توافق نمی‌شود و فروشنده باید آن را معین کند، مهم‌ترین مسأله این است که چگونه باید اوصاف موضوع عقد را روشن کرد که در عالم خارج قابل تعیین باشد. مادهٔ ۳۵۱ قانون مدنی می‌گوید: «**در صورتی که مبیع کلی، یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس**

و وصف مبیع ذکر شود.» بنابراین، در فروش گندم، اگر پنج خروار گندم ورامینی موضوع عقد باشد، بیع درست است. زیرا پنج خروار نشان مقدار، گندم بیان کنندهٔ جنس، و «ورامینی» وصف مبیع است.

تصور نشود که حکم مادهٔ ۳۵۱ تکرار مادهٔ ۳۴۲ دربارهٔ مبیع کلی است. زیرا در صورتی که مبیع عین معین باشد، کافی است که مقدار و جنس و وصف مبیع را هریک از دو طرف بداند و ضرورتی ندارد که در این باره توافقی شود و عقد بر مبنای آن منعقد گردد. برای مثال، من اتومبیل شما را دیده‌ام و از چگونگی اوصاف آن آگاهم، وقتی برای خرید آن اقدام می‌کنم لازم نیست که در سند تنظیم شده همهٔ اوصاف آن را نام ببریم. همین اندازه که معلوم شود مبیع چیست و من آن را بر مبنای اطلاعات شخصی خود بخرم برای درستی عقد کفایت می‌کند. ولی، در مبیع کلی، چون فروشنده باید بر مبنای اوصافی که در عقد آورده شده است مبیع را انتخاب کند، باید دربارهٔ مقدار و جنس و وصف مبیع توافق شود و مبهم ماندن هریک از آنها در عقد سبب بطلان بیع می‌شود. زیرا، این ابهام تعهد فروشنده را مجهول می‌کند و دادرس نمی‌داند که او را به چه چیز باید محکوم سازد. به همین دلیل است که در مادهٔ ۳۵۱ قید شده که **«بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع (ذکر) شود.»** در حالی که، در مادهٔ ۳۴۲ معلوم بودن آنها را کافی می‌داند.

دیوان کشور نیز در حکم شمارهٔ ۳۴۴ـ ۲۶/۱/۲۶ شعبهٔ ۳ در موردی که مبیع غیرمثلی (مثلاً چهار رأس گاو) بوده است، مادهٔ ۳۵۱ قانون مدنی را قابل اجرا ندانسته و در آن چنین آمده است: «... تعیین نشدن رنگ و سن گاوها در سند موجب بطلان معامله نخواهد بود، مگر اینکه معلوم گردد حین معامله گاوها وجود نداشته و یا نزد خریدار مجهول بوده‌اند» (احمد متین، مجموعهٔ رویه قضائی از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۷۴).

۵۵. مبیع کلی با مصداق‌های متفاوت در ارزش :

در مقام اجرای تعهد فروشنده در انتخاب مبیع، گاه این اشکال وجود دارد که در میان مصداق‌های خارجی مبیع تفاوت قیمت وجود دارد، فروشنده می‌خواهد از جنس

پست‌تر انتخاب کند و خریدار مرغوب‌ترین آنها را طالب است. برای مثال، مبیع یک خروار برنج صدری است و در میان برنج‌های صدری نوع اعلا و متوسط وجود دارد؛ فروشنده از کدام نوع باید بدهد؟ در فصل بیع پاسخی برای این اشکال نمی‌توان یافت، ولی در وفای به عهد مادهٔ ۲۷۹ قانون مدنی می‌گوید: **«اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد.»**

۵۶. بیع اشیایی که به کیل یا وزن و عده فروخته می‌شود:

دیدیم که چگونگی تعیین مقدار مبیع با عرف است. در تهران روزی شیر را با پیمانه اندازه می‌گرفتند و امروز مرسوم است که در شیشه‌ها و قوطی‌های بسته‌بندی شده می‌فروشند؛ چند سال پیش مرکبات و تخم‌مرغ عددی فروخته می‌شد و امروز آن را وزن می‌کنند. همچنین، پاره‌ای از میوه‌ها که در شهرستانی عددی فروخته می‌شود در شهرستان دیگر کشیدنی است. مادهٔ ۳۴۲ تعیین مقدار را به عرف بلد احاله کرده، ولی در آن معلوم نشده است که عرف کدام شهرستان مناط اعتبار است. اقامتگاه خریدار یا فروشنده یا محل وقوع عقد یا محل تسلیم مبیع؟

بی‌گمان، موضوع تابع ارادهٔ مشترک است و دادرس باید آن را محترم شمارد، و چون به طور معمول آنان مقدار مبیع را با اشاره به کیل و وزن آن معین می‌کنند، نفوذ آن اراده دشوار نیست. با وجود این، جایی که مقدار اندازه‌ها (مانند ذرع و من) در محل‌های یاد شده متفاوت باشد، دادرس در تفسیر ارادهٔ دو طرف در می‌ماند و به نظر می‌رسد که در این گونه موارد عرف محل وقوع عقد مناط اعتبار باشد، مگر اینکه از قراین معلوم شود که عرف شهر معینی مقصود بوده است (ملاک مادهٔ ۹۶۸ قانون مدنی).

۵۷. بیع کالا به مقدار ضروری:

اشکال مهم‌تر جایی است که گاه خرید و فروش‌هایی در عرف انجام می‌شود که در آن مقدار قطعی مبیع و ثمن معلوم نیست، ولی توافق دربارهٔ ارزش مبیع در هر واحد از وزن یا پیمانه یا عدد انجام شده است. برای مثال، صاحب اتومبیلی از متصدی فروش بنزین می‌خواهد که باک

بنزین او را پر کند، یا صاحب خانه‌ای به مقداری که در انبار خانهٔ او جا می‌گیرد نفت و گازوئیل می‌خرد، یا کشاورزی به مؤسسه‌ای رجوع می‌کند و از او می‌خواهد که زمین مزرعهٔ او را کود بریزد یا سمپاشی کند و بهای کود یا سم را از قرار کیلویی ۵۰ ریال می‌پردازد... و مانند اینها. آیا می‌توان به استناد مادهٔ ۳۴۲ این گونه خرید و فروشها را به دلیل معلوم نبودن مقدار مبیع و ثمن باطل دانست یا باید به نیاز مردم توجه کرد و آنها را نافذ دانست، و اگر هدف نافذ شناختن قرارداد است چگونه می‌توان آن را از لحاظ قانونی توجیه کرد؟

به نظر می‌رسد که در این گونه موارد، اثر قرارداد ایجاد تعهد به انتقال مقدار لازم از کالای مورد توافق است و بیع بر اساس این قرارداد انجام می‌شود. بعد از وقوع عقد، هریک از دو طرف می‌تواند الزام دیگری را به اجرای تعهد بخواهد، سپس نسبت به هر اندازه که فروشنده کالا را تسلیم کند، به همان اندازه بیع با داد و ستد محقق می‌شود.

تنها اشکالی که به ذهن می‌رسد اینست که، بر فرض موضوع چنین قراردادهایی انجام دادن کار باشد، چگونه می‌توان با وجود مادهٔ ۲۱۶ که می‌گوید: **«مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است»** این تعهد را الزام‌آور شناخت؟ ولی، در پاسخ می‌توان گفت که حکم عرف چنان قوی است که باید این گونه قراردادها را از موارد خاصه و استثنایی شمرد؛ چنان که در فقه نیز گروهی از نویسندگان فروش خرمنی از گندم و جو را با مشاهده و تخمین درست دانسته‌اند[1].

۵۸. فروش از روی نمونه:

در پاره‌ای موارد، فروشنده با ارائهٔ نمونهٔ کالای خود از مبیع رفع ابهام می‌کند. در عرف تجارتی مرسوم است که نمونه را خریدار نگاه می‌دارد یا طرفین آن را به ثالثی می‌دهند تا در موقع لزوم با کالایی که تحویل داده شده است مقایسه شود. ولی گاه دیده می‌شود اوصافی که برای مبیع در قرارداد آمده است با آنچه به عنوان نمونه معیار قرار گرفته است مطابقت ندارد، پس باید دید کدامیک از این دو معتبر است؟ آنچه در قرارداد آمده یا آنچه به عنوان نمونه پذیرفته شده است؟

۱. نقل و نقد از: شیخ طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۱۵۲.

رویهٔ قضائی در دادگاه‌های ما معلوم نیست. پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند، پذیرفتن نمونه دلیل بر انصراف از خریدن کالایی که در قرارداد آمده نیست و نمی‌تواند آن را نقض کند. نمونه در واقع انتخاب مصداقی از کالای توصیف شده در قرارداد است و اگر به اشتباه انتخاب شده باشد اثری در روابط دو طرف ندارد[1]. ولی به نظر می‌رسد که حکم مسأله تابع اوضاع و احوال ویژهٔ دعوا است. دادرس باید تعیین کند که اوصاف تعیین شده در قرارداد بهتر می‌تواند خواستهٔ واقعی و مشترک دو طرف را معین کند یا نمونه‌ای که برگزیده‌اند، و در این ارزیابی، باید داوری عرف و تخصص و میزان آگاهی دو طرف از ویژگی‌های مبیع را در نظر گرفت.

در مواردی که مبیع کلی است، مشتری می‌تواند الزام فروشنده را به تسلیم مبیع مطابق نمونه بخواهد، ولی حق بر هم زدن عقد را به صرف تخلف او ندارد (مادهٔ ۴۱۴ قانون مدنی) و فقط وقتی حق فسخ معامله را پیدا می‌کند که الزام او ممکن نباشد و به وسیلهٔ دیگری نیز نتوان مبیع را تهیه کرد (مادهٔ ۲۳۹ قانون مدنی).

برعکس، هرگاه مبیع عین باشد و با نشان دادن نمونه فروشنده بخواهد اوصاف آن را معین کند، در صورتی که مبیع برخلاف نمونه درآید، مشتری حق فسخ معامله را دارد (مواد ۴۱۰ به بعد قانون مدنی).

مادهٔ ۳۴۵ قانون مدنی، بدون در نظر گرفتن طبیعت مبیع، مقرر داشته است که: «**ممکن است بیع از روی نمونه به عمل آید، در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود والا مشتری خیار فسخ خواهد داشت.**» ولی، همان‌گونه که پاره‌ای از استادان نیز تأیید کرده‌اند[2]، باید با ملاحظهٔ مواد یاد شده و اصول کلی قراردادها بین مبیع کلی و معین تفاوت گذارد.

ب : *فروش مبیع به شرط داشتن وصف یا مقدار معین*

۵۹. مفهوم این شرط و آثار آن :

گفته شد که مواد ۳۴۲ و ۳۵۱ قانون مدنی درستی عقد بیع را منوط به معلوم بودن مقدار و جنس و وصف مبیع کرده است. ولی، در مواردی که نسبت به وجود وصف مبیع

۱. پلانیول و ریپروآمل، رسالهٔ عملی حقوق مدنی فرانسه، ج ۱۰، ش ۳۰۵.
۲. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۳۶.

یا مقدار آن تردیدی هست، بیع را به شرط داشتن وصف یا مقدار معین برای مبیع واقع می‌سازند. در این مورد بیع بر مبنای شرط واقع می‌شود، و اگر صفتی راکه مورد نظر دو طرف است دارا نباشد، به تفاوت موارد ممکن است بیع فسخ یا ثمن به نسبت وضع موجود تعدیل شود.

برای مثال، توده‌ای از گندم در انبار فروشنده است که هنوز وزن نشده و مقدار دقیق آن معلوم نیست. به گمان فروشنده گندم‌ها ده خروار است ولی مشتری به این گفته اعتماد ندارد. پس، گندم‌ها را به مبلغ یک میلیون ریال می خرد، به شرط این که ده خروار باشد. این است که مادهٔ ۳۴۳ قانون مدنی می‌گوید: **«اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شود بیع واقع می‌شود، اگرچه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد.»**

هرچند که مادهٔ ۳۴۳ تنها راجع به مقدار است، ولی می‌توان آن را در مورد سایر اوصاف مبیع نیز اجرا کرد و مادهٔ ۲۳۵ قانون مدنی نیز این تفسیر گسترده را تأیید می‌کند. بنابراین، اگر پارچه‌ای به شرط این که بافت انگلستان است فروخته شود، بیع درست است و در صورتی که پارچه‌ها بافت کشور دیگر باشد، خریدار حق فسخ معامله را دارد.

۶۰. شرط مقدار به عنوان وصف مبیع :

هرچند که مقدار مبیع به طور معمول نمایندهٔ میزان تعهد فروشنده است و به تناسب آن ثمن کم و زیاد می‌شود، ولی گاه دو طرف چندان به اوصاف دیگر نظر دارند که از دید ایشان موضوع اصلی مبادله با مقدار مبیع بستگی ندارد؛ آنان، به تناسب هر واحد از مقیاس اندازه‌گیری مبیع، ثمن را تعیین نکرده‌اند و به مقدار به عنوان یکی از اوصاف توجه داشته‌اند: برای مثال، قریه‌ای از حیث آب و هوا و میزان محصول توجه خریداری را جلب کرده است. او، بی‌آنکه به مساحت این قریه به دیدهٔ مقیاس تعیین کنندهٔ ثمن بنگرد، قیمت قریه را مناسب می‌بیند و آن را به عنوان یک کل می‌خرد. ولی اوصاف این کل، مانند شمار درختان و میزان آب و قنات و مساحت مراتع، در برانگیختن اشتیاق او به معامله کردن اثر دارد. پس، اگر به مساحت زمین، به عنوان وصفی از موضوع معامله، دو

طرف اهمیت بیشتری دهند و معامله را به شرط داشتن مساحت معین واقع سازند، شرط مورد توافق، با این که ناظر به مساحت است و باید نمودار مقدار مبیع باشد، اثر شرط صفت را دارد: یعنی، اگر مبیع آن صفت را دارا نباشد، مشروطله حق فسخ دارد، و در مثال ما، هرگاه زمین زیادتر باشد، فروشنده و هرگاه کمتر باشد خریدار حق دارد معامله را بر هم زند. این است که مادهٔ ۳۵۵ قانون مدنی می‌گوید: «**اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت، و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آن را فسخ کند...**».[1]

در این فرض، اگر مبیع زیادتر از مقدار معهود درآید، نمی‌توان گفت آن مقدار فروخته نشده و در ملکیت فروشنده باقی است. اگر کاستی هم داشته باشد، نباید از ثمن کاست، چراکه مقدار در این فرض وصف ماده است و شرط آن نیز شرط صفت. به بیان دیگر، وصف فرعی است که در برابر بخشی از عوض قرار نمی‌گیرد و تنها در ایجاد رغبت به معامله مؤثر است.

اختیار فسخ معامله حقی است که به متضرر داده شده و او می‌تواند از این اختیار صرفنظر کند؛ به جای بر هم زدن معامله، زیاده یا نقیصه را با توافق طرف قرارداد به گونه‌ای محاسبه کند و، به عبارت دیگر، حکم مادهٔ ۳۵۵ و ایجاد خیار فسخ مانع از این نیست که خریدار و فروشنده به ترتیب دیگری صلح کنند. چنانکه در پایان مادهٔ ۳۵۵ افزوده شده است که: «... **مگر اینکه در هر صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند.**»

نکتهٔ دیگری که باید افزود چنین خلاصه می‌شود که، مفاد مادهٔ ۳۵۵ ق.م. ناظر به مورد غالب است که در فرض کمبود مبیع مشتری از آن زیان می‌بیند و در استناد به شرط ذینفع است و در فرض زیاد بودن فروشنده. ولی، هرگاه شرط مقدار به سود هر دو طرف باشد و معلوم شود که فزونی و کاستی ملک در هر حال به زیان هر دو است و

۱. حکم مادهٔ ۳ ویژهٔ ملک نیست و گاه در اشیاء منقول نیز مصداق پیدا می‌کند. برای مثال، در خرید و فروش قالیچه، ثمن برای کل مبیع معین می‌شود نه به تناسب مقدار مترمربع آن. این مقدار، اگر در معامله شرط شود، تنها جنبهٔ وصفی دارد و نمایندهٔ «خود موضوع معامله» نیست.

استفادهٔ متعارف کالا را از بین می‌برد (مانند اندازهٔ زمین تنیس) باید پذیرفت که هر دو طرف به دلیل تخلف از وصف حق فسخ دارند، خواه مبیع کمتر باشد یا زیادتر.

۶۱. مقدار مبیع به عنوان نمودار ارزش آن :

چنان که گفته شد، مقدار مبیع به طور معمول معین کنندهٔ میزان تعهد فروشنده است و قیمت نیز متناسب با تعداد واحدهایی که مقدار را با آن می‌سنجند تعیین می‌شود: برای مثال، شما برای خریدن هزار کیلو کاغذ به بازار می‌روید. نخستین سؤالی که می‌کنید اینست که کاغذ مورد نیاز شما هر کیلو چند ریال است. فرض کنیم که در کیلویی ۳۰۰۰ ریال با فروشنده توافق می‌کنید. او خود هزار کیلو کاغذ خریده و چون به فروشنده اعتماد دارد از وزن کردن دوباره خود را بی‌نیاز می‌بیند و مبیع را به عنوان هزار کیلو به شما می‌فروشد. هنگام محاسبهٔ قیمت، شما و فروشنده حساب می‌کنید که هزار کیلو کاغذ از قرار کیلویی ۳۰۰۰ ریال می‌شود سه میلیون ریال. پس، بیع بدین ترتیب منعقد می‌شود: هزار کیلو کاغذ در برابر سه میلیون ریال پول. دراین مثال، مقداری که در عقد آمده وصف مبیع نیست و، برخلاف آن‌چه در فرض سابق آمد، نمایندهٔ میزان تعهد و موضوع مبادله است. بنابراین، اگر به جای هزار کیلو نهصد کیلو درآید، شما حق دارید سه هزار ریال از ثمن کسر بگذارید، زیرا همین مقدار را در محاسبهٔ قیمت برای صد کیلو پرداخته‌اند. برعکس، هرگاه کاغذها هزار و صد کیلو باشد، شما مالک صد کیلوی اضافی نیستید. بیع نسبت به هزار کیلو واقع شده و پول نیز بابت همین مقدار پرداخته شده است، پس صد کیلوی اضافی متعلق به فروشنده است.

از سوی دیگر، شما وقتی نیاز به هزارکیلو کاغذ دارید، چه از نظر آسان بودن خرید و چه از لحاظ گرفتن تخفیف، ترجیح می‌دهید که کالای مورد نیاز خود را یکجا بخرید. بنابراین، اگر مبیع به عنوان مقدار معین فروخته شده باشد، به دلیل خیار تبعض صفقه، حق دارید در صورتی که مبیع کمتر از میزان اعلام شده درآید بیع را نسبت به بقیه نیز فسخ کنید.

در نتیجه، در این گونه موارد، خریدار می‌تواند یکی از دو راه حل را برگزینند: ۱) به نسبتی که مبیع کمتر است از ثمن کسر بگذارد ۲) بیع را فسخ کند. ولی، اگر مبیع زیادتر

باشد، زیاده مال بایع است و او حقی بر فسخ قرارداد ندارد. مادهٔ ۳۸۴ قانون مدنی در همین فرض می‌گوید: «هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید، مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیهٔ حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است.»

در این فرض نیز، هرگاه از قرائن چنین برآید که شرط به سود دو طرف بوده است و هر دو به مقدار ثابت مبیع نظر داشته‌اند، فروشنده نیز، مانند خریدار می‌تواند، به دلیل تخلف از وصف عقد را فسخ کند.

ولی، به هر حال آنچه مسلم است این که در هیچ صورتی، خواه مقدار مبیع اعلام شود یا به صورت شرط درآید، خریدار نمی‌تواند درخواست کند تا کمبود مبیع از سایر اموال فروشنده تأمین شود.

برای مثال، اگر مبیع قطعهٔ معینی از زمین‌های ملکی فروشنده باشد و مساحت آن کمتر از میزان اعلام شده درآید، خریدار نمی‌تواند از دادگاه بخواهد تا فروشنده را ملزم به انتقال زمین متصل بدان به میزان کمبود مبیع بکند[1].

۶۲. فرض مادهٔ ۳۸۵ در کالای تجزیه‌ناپذیر :

در فرضی که مبیع مالی تجزیه‌ناپذیر است، یعنی تقسیم و تجزیه از ارزش آن می‌کاهد و موجب ضرر مالک می‌شود، چون موضوع معامله را به آسانی نمی‌توان زیاد و کم کرد تا با هدف‌های ویژهٔ طرفین متناسب شود، ظاهر این است که آنان مقدار را به منزلهٔ وصفی از مبیع تلقی کرده‌اند و آن را به عنوان واحدی تجزیه‌ناپذیر مورد معامله قرار داده‌اند. به همین دلیل و برای جلوگیری از ضرر صاحب کالا، قانون مدنی نیز اثر تخلف از شرط را تنها ایجاد «خیار فسخ» قرار داده است: در مادهٔ ۳۸ ق.م. آمده است: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیهٔ آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود، و به شرط مقدار

۱. حکم شمارهٔ ۹۸ ـ ۲۹//۴۱، شعبهٔ ۱۳ دادگاه استان مرکز: برای دیدن متن حکم و نقد آن، رک. عقود معین، ج ۱، قرائت و تمرین (۳ ـ ۱).

معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر درآید، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.»

پس، اگر فرشی به شرط داشتن مساحت ۱۲ مترمربع فروخته شود و ۱۳ متر درآید، فروشنده حق ندارد ادعا کند که یک متر اضافی مال او است. زیرا، آنچه مورد معامله قرارگرفته یک قطعه فرش است نه ۱۲ متر از آن؛ هم چنان که اگر ۱۰ متر درآید، خریدار نمی‌تواند از ثمن کم کند، زیرا او نیز قطعه فرشی خریده که یکی از اوصاف آن داشتن مساحت ۱۲ متر بوده است.

۶۳. مبیع محاسبه نشده :

فرض شایع دیگر این است که مبیع به عنوان کل تجزیه‌ناپذیر موضوع قصد مشترک قرارگیرد و، در عین حال، عوض (ثمن) به تناسب مقدار این کل معین شود: مانند فروش قطعه زمینی محصور و با ابعاد معین، در برابر ثمن متناسب با مقدار مترمربع زمین. در این فرض، اگر زمین کمتر از مقدار معین درآید، به طور معمول خریدار حق فسخ ندارد، زیرا وصف مورد نظر (مقدار) با ابعاد معین شده است نه با مساحت. ولی، او می‌تواند، به همان تناسب که زمین کسر مساحت دارد، از بهای مورد تراضی بکاهد، چراکه محاسبهٔ ثمن بر آن مبنا انجام شده است.

برعکس، هرگاه زمین محصور زیادتر باشد، نمی‌توان گفت دربارهٔ آن معامله‌ای نشده و **«زیاده مال بایع است»** (مادهٔ ۳۸۴ ق.م.). زیرا، فرض ما ناظر به موردی است که تمام زمین محصور با ابعاد معین فروخته شده است. پس، باید پذیرفت که بهای بخشی از زمین بر مبنای تراضی و برای تعیین ثمن محاسبه نشده است و خریدار باید آن را بپردازد. مادهٔ ۱۴۹ اصلاح شدهٔ قانون ثبت فرض اخیر را پیش‌بینی می‌کند و در بخش نخست آن می‌خوانیم: «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرارگرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد، ذینفع می‌تواند قیمت اضافی را بر اساس مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید».

۶۴. زیان ناشی از فسخ :

مادهٔ ۳۸۶ قانون مدنی در هر حال فروشنده را مسؤول زیان‌های ناشی از فسخ معامله قرار داده است. متن ماده از این قرار است: «**اگر در مورد دو مادهٔ قبل معامله فسخ شود، بایع باید، علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد.**» در واقع، فسخ خود وسیله‌ای است برای جبران بخشی از زیان‌های خریدار و استفادهٔ از آن نمی‌تواند رابطهٔ سببیت بین تقصیر فروشنده و زیان‌های خریدار را قطع کند.

این حکم مبتنی بر فرض آگاه بودن فروشنده از مقدار مبیع و تقصیر او در دادن اطلاعات درست به خریدار است. پس، هرگاه فروشنده نیز از مقدار مبیع بی‌اطلاع باشد و این نکته را با خریدار در میان گذارد و معامله بر این مبنا انجام شود، دیگر نمی‌توان گفت فروشنده باعث ضرر خریدار شده است. به همین جهت، مادهٔ ۳۸۶ تنها ناظر به دو مادهٔ ۳۸۴ و ۳۸۵ است، زیرا بنا بر فرض، در این دو ماده مقدار مبیع معلوم است و فروشنده بر این مقدار آگاهی دارد. ولی، در مورد مادهٔ ۳۵۵، مبیع به عنوان مقدار معلوم به خریدار عرضه نشده است و احتمال دارد که فروشنده نیز مقدار آن را نداند. قانونگذار حکم را بر مبنای تقصیر فروشنده قرار نداده است و به همین دلیل در صورتی می‌توان او را به جبران خسارت محکوم کرد که معلوم شود در راه اعلام مقدار به خریدار مرتکب خطایی شده یا حیله‌ای اندیشیده است.

با وجود این، باید پذیرفت، در هر مورد که مالی فروخته می‌شود، به ویژه در جایی که فروشنده از صاحبان حرفه و متخصص باشد، اصل این است که فروشنده مقدار آن را می‌داند، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

ج : توابع مبیع

۶۵. حکومت عرف در تشخیص توابع :

گاه مبیع دارای توابعی است که برای استفادهٔ از آن ضرورت دارد. این توابع نیز خود

قابل داد و ستد است، ولی عرف چنان آنها را وابسته به مبیع اصلی می‌داند که ضرورتی نمی‌بیند قرارداد مستقلی دربارهٔ انتقال توابع بسته شود یا در بیع اصلی نام آنها بیاید: برای مثال، اگر خانه‌ای فروخته شود، بوته‌های گل و درختان خانه نیز فروخته شده و از توابع مبیع است.

تمیز این توابع با عرف است. یعنی قانونگذار حکم هر مورد را به داوری عرف واگذار کرده و آن را به عنوان قاعدهٔ حقوقی پذیرفته است نه بیان‌کنندهٔ رضای طرفین. به همین جهت، اگر خریدار و فروشنده به حکم عرف نیز جاهل باشند، باز هم ناگزیر از اجرای آنند؛ چنان که مادهٔ ۳۵۶ قانون مدنی می‌گوید: «**هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است، اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.**»

ولی، باید دانست که حکم عرف قاعده‌ای است تکمیلی و خریدار و فروشنده می‌توانند، هرچه را خود می‌خواهند، در زمرهٔ مبیع قرار دهند، چنان که مادهٔ ۳۵۷ مقرر می‌دارد: «**هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود، مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.**»

مادهٔ ۳۵۸ برای بیان مثال‌های قاعدهٔ یاد شده می‌گوید: «**نظر به دو مادهٔ فوق، در بیع باغ اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هرچه ملصق به بنا باشد، به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می‌شود؛ و برعکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود، مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال، طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند.**»

۶۶. اجرای اصل در موارد تردید :

حکم عرف همیشه روشن نیست و گاه تردید به میان می‌آید که چیزی را باید از توابع مبیع شمرد یا نه؟ در واقع، تردید در این است که آیا شییء مورد نظر به عنوان تابع مبیع

به خریدار منتقل شده است یا هنوز در ملکیت فروشنده باقی مانده است. پس، حالت پیشین آن استصحاب می‌شود و ملک فروشنده به حساب می‌آید. مادهٔ ۳۵۹ قانون مدنی در اجرای همین اصل می‌گوید: **«هرگاه دخول شییء در مبیع عرفاً مشکوک باشد، آن شییء داخل در مبیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد.»**

باید دانست که اجرای این اصل باید به عنوان آخرین داور به کار رود و در مرحلهٔ نخست دادگاه باید از تمام قراین کار برای احراز قصد طرفین استفاده کند؛ چنان که هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در دعوایی که فروشنده قطعه باغ محصوری را فروخته و مساحت آن کمتر از میزان اعلام شده درآمده است، به استناد این قرینه که در سند نوشته شده «باغ مشجر محصور و غیرمشجر»، قطعه زمین غیرمشجری را خارج از حدود سند بر مبیع افزوده تا مساحت اعلام شده کامل شود[1]. بدیهی است که استفاده از این گونه قرینه‌های دور از ذهن و نامتعارف امر مطلوبی نیست، ولی تمایل شدید دیوان را به استفاده از قرینه و احتراز استناد به اصل نشان می‌دهد.

۶۷. اموالی که از مبیع قابل استثنا است :

بر طبق مادهٔ ۳۶۰ قانون مدنی: **«هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثنای آن از مبیع نیز جائز است.»** بنابراین، فروشنده می‌تواند کاشی‌های قدیمی را که در حیاط خانه به کار رفته است از آن استثنا کند و خود بردارد. ولی استثنای آب و برق خانه از آن امکان ندارد. زیرا، امروز برق و آب برای استفاده از ملک داده می‌شود و از اموالی نیست که قائم به شخص باشد.

باید دانست که فروشنده می‌تواند پولی را که به عنوان وام برای گرفتن امتیاز برق و آب داده از مبیع استثنا کند. زیرا، این طلب جنبهٔ شخصی دارد و حتی می‌توان گفت، اگر در سند معامله انتقال آن تصریح نشود، همچنان برای فروشنده باقی خواهد ماند.

۱. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در نقض حکم شعبهٔ ۱۳ دادگاه استان: عقود معیّن، ج ۱، قرائت و تمرین (۳ ـ ۱).

گفتار سوم: قدرت بر تسلیم مبیع

۶۸. مبنای حقوقی مادهٔ ۳۴۸:

مادهٔ ۳۴۸ قانون مدنی در مبحث مربوط به مبیع می‌گوید: «**بیع چیزی که... بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است، مگر اینکه مشتری خود قادر به تسلّم باشد**» و این پرسش را به میان می‌آورد که به چه دلیل ناتوانی در تسلیم مبیع عقد را باطل می‌کند، و این حکم را بر چه مبنای حقوقی می‌توان استوار کرد؟

این ماده از فقه امامیه گرفته شده است، ولی در میان فقیهان نیز دربارهٔ مبنای این بطلان اتفاق نظر وجود ندارد.[1]

باید گفتهٔ کسانی را تأیید کرد که لزوم قدرت بر تسلیم را بر مبنای ساختمان حقوقی مبادله توجیه کرده‌اند.[2] بدون تردید هدف واقعی از خرید و فروش این نیست که خریدار در عالم اعتبار مالک مبیع شود و فروشنده مالک ثمن. مالکیت وسیلهٔ بهره‌برداری از مالی است که به خاطر رسیدن به آن معامله انجام می‌شود. حقوقدان به این وسیله بیش از آثار آن توجه می‌کند، ولی مردم عادی مالی را می‌خرند برای آن‌که به آن دسترسی پیدا کنند و در اختیار خود بگیرند، و چیزی را می‌فروشند به خاطر این که مالی دیگر به دست آورند. به همین جهت است که می‌گویند محرک واقعی هریک از طرفین به دست آوردن تعهد دیگری است، و در ارادهٔ مشترک این دو تعهد پیوستهٔ به هم و به عنوان موجودی یگانه و مرکب ایجاد شده است. بنابراین، اگر یکی از آن دو توانایی واقعی[3] تسلیم مالی را که به عهده دارد از دست بدهد، طبیعی است که تعهد دیگری نیز باید منحل شود. به بیان دیگر، همچنان که پاره‌ای از روشن‌بینان گفته‌اند، ناتوانی تسلیم مبیع مانع از نفوذ حقوقی عقد است.

۱. برای دیدن اختلاف‌ها و تحلیل و نقد نظرها، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۹۳.
۲. شیخ محمد حسن نجفی جواهرالکلام، ج ۲۲، ص ۳۹۱.
۳. دیوان کشور در حکم شمارهٔ ۲۱۲۴ ـ ۱۳۱۶/۱۰/۱ شعبهٔ ۳ از همین مفهوم پیروی کرده و قدرت واقعی بایع بر تسلیم را از شرایط صحت عقد شمرده است و در آن چنین آمده است: «... و بر فرض که بایع هنگام معامله خود را قادر بر تسلیم مبیع بداند یا نشان دهد ولی فی‌الواقع عاجز باشد، مطابق مادهٔ ۳۴۸ قانون مدنی بیع باطل است. (احمد متین، مجموعهٔ رویهٔ قضائی از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۷۳).

۶۹. اثر اعتقاد طرفین به عدم امکان تسلیم :

چنان که اشاره شد، تنها اعتماد دو طرف بر توانایی تسلیم کافی برای نفوذ عقد نیست. با وجود این، اثر اعتقاد به توان تسلیم را نباید انکار کرد: اگر آنان مطمئن باشند که هیچ‌گاه به هدف نهایی خود نخواهند رسید و تسلیم مبیع امکان‌پذیر نیست و با این وصف به خرید و فروش پردازند، باید گفت ارادهٔ جدی بر معامله نداشته‌اند[1]. بنابراین، بر فرض که معلوم شود در اشتباه بوده‌اند، عقد بیع باطل است، زیرا آنچه دو طرف می‌خواسته‌اند با آنچه در عالم خارج روی داده منطبق نیست.

اما این پرسش هنوز باقی مانده است که، هرگاه خریدار در توان فروشنده به تسلیم مبیع تردید داشته باشد، آیا می‌توان به دلیل احتمالی بودن بیع و ایجاد «غرر» آن را باطل دانست؟

ممکن است استدلال شود که، از روح مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی (لزوم معلوم و معین بودن مبیع) چنین بر می‌آید که دو طرف قرارداد باید به چگونگی تعهدات خود اطلاع کامل داشته باشند و در هرجا که ابهامی در میان باشد عقد غرری و باطل است. ولی، پذیرفتن این قاعده دشوار به نظر می‌رسد، زیرا در بسیاری موارد که آنان به سرنوشت تعهدهای خود و میزان آن اطمینان ندارند، عقد نافذ شناخته شده است: مانند معاملات معلق، خرید و فروش مالی که دو طرف مقدار آن را به درستی نمی‌دانند و به شرط مقدار معینی معامله می‌کنند و معامله‌ای که نسبت به تمکن خریدار در پرداختن ثمن تردید است... و مانند اینها.

بنابراین، آنچه به طور مسلم مانع نفوذ قرارداد است ناتوانی واقعی در تسلیم مبیع است (مادهٔ ۳۴۸ قانون مدنی) و تردید و وجود خطر در امکان تسلیم سبب بطلان بیع نمی‌شود، به ویژه در موردی که درجهٔ احتمال اجرای عقد از مرحلهٔ تردید می‌گذرد و به ظنّی می‌رسد که در عرف به آن اعتماد می‌شود و خطری است که خردمندان نیز می‌کنند، در نفوذ عقد تردید نباید کرد.

۷۰. اثر ناتوانی موقت :

درست است که در ارادهٔ مشترک اجرای تعهد هریک از دو طرف وابسته به دیگری

۱. مادهٔ ۵۷ قانون مدنی لهستان.

است، ولی در عین حال نیز آنان نخواسته‌اند که هر حادثه‌ای دست‌آویز پیمان‌شکنی شود و تعهدشان را یکباره از بین ببرد. بنابراین، اگر فروشنده نتواند برای مدتی مبیع را تسلیم کند، نمی‌توان ادعا کرد که تعهد خریدار نیز منحل می‌شود: چنان‌که همین ترتیب را قانون مدنی در مورد خاص امتناع از تسلیم و استفاده از حق حبس به طور ضمنی تأیید کرده است (مادهٔ ۳۷۷ قانون مدنی). بنابراین، اگر مالکی مزرعهٔ خود را بفروشد و در اثر وقوع زلزله یا سیل یا جنگ نتواند آن را مدتی تسلیم خریدار کند، عقد بیع درست است.

با وجود این، در موردی که موعد اجرای تعهد چنان با مفاد آن آمیخته است که پس از گذشتن موعد دیگر وفای به عهد ممکن نیست، ناتوانی موقت نیز در حکم ناتوانی همیشگی است و سبب بطلان عقد بیع می‌شود. برای مثال، اگر رستورانی نتواند غذایی را که برای میهمانی معین سفارش گرفته در موعد معین برساند و معلوم شود که پیمان برای روز معین بسته شده است، این ناتوانی سبب بطلان بیع است، هرچند که فروشنده فردای آن روز قدرت بر تسلیم داشته باشد.

حال باید دید، اگر ناتوانی در تسلیم مبیع موقت باشد، آیا خریدار حق فسخ معامله را نیز ندارد و باید به انتظار رفع مانع بماند، یا می‌تواند به این بهانه بیع را برهم زند؟

در پاسخ باید گفت، اگر آگاه بر این ناتوانی باشد دیگر حق فسخ نخواهد داشت، زیرا خود بیع را بر مبنای تأخیر پذیرفته است. ولی، در صورتی که مطلع نباشد و عقد بر مبنای اختیار فروشنده بسته شود، در واقع مثل اینست که تسلیم مبیع در موعد معین به طور ضمنی شرط شده است، و تخلف از این شرط به خریدار حق فسخ معامله را می‌دهد. این حق را در فقه «خیار تعذر تسلیم» می‌نامند.

۷۱. اثر ناتوانی عارضی پس از عقد :

در صورتی که فروشنده هنگام عقد توانایی تسلیم مبیع را داشته باشد، ولی پیش از تسلیم این قدرت را از دست بدهد؛ سرنوشت عقدی که به درستی منعقد شده چیست؟ آیا در این صورت نیز عقد باطل است، یا خریدار فقط حق دارد بیع را فسخ کند، یا باید به انفساخ عقد حکم داد؟

نویسندگانی که لزوم قدرت بر تسلیم را از توابع مالیت داشتن مبیع دانسته‌اند، گفته‌اند که، چون در این مورد مبیع در نزد عاقلان مال محسوب می‌شود، بیع را نمی‌توان باطل دانست. نقصی که در این مالیت به وجود آمده با برقراری خیار فسخ برای مشتری جبران‌پذیر است: بدین ترتیب که، اگر خریدار به ناتوانی فروشنده آگاه نبوده و عقد را بر مبنای قدرت او واقع ساخته است، در اثر تخلف از این شرط صریح یا ضمنی که در همهٔ قراردادهای معاوضی وجود دارد حق بر هم زدن عقد را دارد[1].

این نظر با تحلیلی که از مبنای مادهٔ ۳۴۸ شد سازگار به نظر نمی‌رسد، زیرا اگر انحلال تعهد خریدار به دلیل وابستگی آن به تعهد فروشنده باشد، تفاوت نمی‌کند که ناتوانی مطلق فروشنده در حال عقد باشد یا پس از آن عارض شود. در هر دو مورد یکی از دو پارهٔ موجودی که دو طرف ساخته‌اند از بین رفته است و پاره‌ای دیگر نیز نمی‌تواند باقی بماند، فقط باید دید آیا از بین رفتن توانایی تسلیم سبب انفساخ عقد می‌شود یا بطلان آن؟[2]

در پاسخ این سؤال باید بین موردی که مبیع عین معین است با موردی که مبیع کلی است تفاوت گذارد: در مورد نخست، چون تملیک از هنگام عقد انجام شده، ناتوانی فروشنده از زمان عارض شدن آن باعث انفساخ عقد می‌شود؛ چنان که قانون مدنی در یکی از مثال‌های بارز آن از همین راه حل پیروی کرده است: در صورتی که عین مورد انتقال پیش از تسلیم از بین برود، بیع بر طبق مادهٔ ۳۸۷ منفسخ می‌شود. برعکس، در مورد دوم، چون مبیع کلی است و پیش از تسلیم تملیک تحقق نیافته است، بیع از ابتدا باطل خواهد شد.

۷۲. ممکن بودن تسلیم از اوصاف مبیع است :

نکتهٔ مهمی که از نظرها دور مانده و باید به آن توجه داشت اینست که ممکن بودن تسلیم از اوصاف مبیع است: بدین معنی که موضوع بیع باید مالی باشد که فروشنده بتواند آن را تسلیم به

۱. میرزا نائینی و شیخ موسی خونساری، منیةالطالب، ج ۱، ص ۳۷۸ و ۳۷۹.
۲. این احکام در صورتی است که ناتوانی همیشگی باشد نه موقت و مسأله ناتوانی موقت تابع فرض پیشین است (ش ۶۸).

مشتری کند. نبودن این وصف است که سبب بطلان بیع می‌شود و مادهٔ ۳۴۸ به آن نظر دارد، نه ناتوانی ناشی از وضع ویژهٔ خریدار و فروشنده. بنابراین، اگر بایع به دلیل بیماری یا ورشکستگی یا حجر نتواند مبیع را به خریدار تسلیم کند، این ناتوانی نمی‌تواند سبب بطلان بیع یا حتی انفساخ آن شود. این نکته را، که تنها معدودی از فقها به صراحت یاد کرده‌اند[۱]، از قانون مدنی نیز می‌توان استنباط کرد:

در مادهٔ ۳۴۸ توانایی بر تسلیم در شمار اوصاف مبیع و در کنار «مالیت و منفعت عقلائی داشتن» و «قابل خرید و فروش بودن» آمده است و این خود می‌رساند که قانونگذار خواسته است خرید و فروش مالی را که برحسب طبیعت خود نمی‌تواند در اختیار طرفین قرار گیرد ممنوع سازد. زیرا، اگر منظور توانایی شخصی آنان بود، قدرت بر تسلیم بایستی در زمرهٔ شرایط طرفین معامله می‌آمد.

۷۳. زمان اعتبار قدرت بر تسلیم :

ضرورتی ندارد که فروشنده در زمان انعقاد بیع قدرت بر تسلیم داشته باشد. این ناتوانی در زمانی مؤثر است که مبیع باید تسلیم شود؛ چنان که مادهٔ ۳۷۰ قانون مدنی اعلام می‌کند: «**اگر طرفین معامله برای تسلیم موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعد شرط است نه در زمان عقد**» و مادهٔ ۳۷۱ در پیرو همین حکم در مورد معاملهٔ فضولی می‌افزاید: «**در بیعی که موقوف به اجازهٔ مالک است قدرت بر تسلیم در زمان اجازه معتبر است.**»

۷۴. ناتوانی فروشنده در موردی که خریدار قادر به تصرف در مبیع است :

هدف از لزوم داشتن قدرت بر تسلیم این است که مبیع در اختیار خریدار قرار گیرد. منتها، چون فروشنده باید استیلای خریدار را فراهم کند، قانون مدنی در درجهٔ نخست این قدرت را برای او شرط کرده است. ولی، برای رفع هرگونه توهم، مادهٔ ۳۴۸

۱. سید محسن حکیم، نهج‌الفقاهة، ص ۳۹۴.

می‌افزاید: «... **مگر اینکه مشتری خود قادر به تسلّم باشد**». بنابراین، اگر مسافری پوست گرانبهایی را به یکی از ملوانان شناگر بفروشد، ولی باد شدید پوست را به دریا اندازد، هرچند فروشنده توانایی تسلیم پوست را ندارد، چون خریدار می‌تواند آن را به آسانی به دست آورد، عقد بیع درست است.

مادهٔ ۳۷۳ قانون مدنی در تعقیب همین قاعده مقرر می‌دارد: «**اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد، محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن.**»

۷۵. ناتوانی فروشنده در تسلیم بخشی از مبیع :

بر طبق مادهٔ ۳۷۲ قانون مدنی: «**اگر نسبت به بعض مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد، بیع نسبت به بعضی که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به بعض دیگر باطل.**»: مورد عقد به دو بخش ممتاز تجزیه می‌شود، بخشی که مانعی برای نفوذ آن نیست و بیع درست است، و بخش دیگر که به دلیل ناتوانی فروشنده در تسلیم مبیع باطل است. ولی، باید دانست که در این گونه موارد، برای این که از تجزیهٔ مبیع زیانی متوجه خریدار نشود، قانون به او اختیار داده است که معامله را در بخش درست نیز فسخ کند.

فصل سوم

آثار بیع

۷۶. آثار بیع درست:

مادهٔ ۳۶۲ قانون مدنی می‌گوید: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است:

۱ـ به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود؛

۲ـ عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد؛

۳ـ عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید؛

۴ـ عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.»

بنابراین، فصل سوم را می‌توان در چهار مبحث مطالعه کرد: ۱) ملکیت مبیع و ثمن ۲) تسلیم مبیع ۳) تأدیهٔ ثمن ۴) ضمان درک و عیوب پنهانی مبیع. ولی، پیش از طرح این مباحث، باید دانست که بیع فاسد اثر مطلوب را ندارد: نه ملکیتی از آن به وجود می‌آید و نه دینی بر عهدهٔ دو طرف بار می‌شود. صورتی به ظاهر انجام پذیرفته که در نظر قانون در حکم هیچ است. پس، باید آنچه به اعتماد این ظاهر روی داده است به صورت گذشته در آید: مبیع را خریدار پس بدهد و ثمن را فروشنده.

۷۷. اثر توافق در بیع فاسد:

بیع فاسد اثری در تملک ندارد (مادهٔ ۳۶۵ ق.م.) یعنی قانون اثر دلخواه را بر تراضی آنان بار

نمی‌کند. ولی، نادیده نمی‌توان گرفت که فروشنده به میل خود مبیع را در اختیار خریدار قرار داده است. پس، اکنون که قانون خریدار را مالک نمی‌شناسد، آیا نمی‌توان او را امین فروشنده دانست؟ آیا با وجود رضای مالک امکان دارد که خریدار در حکم غاصب به شمار آید و ضامن تلف یا نقص عین محسوب شود؟

فرض کنیم شخصی با ارادهٔ سالم خانهٔ خود را به دیگری می‌فروشد تا در آن قمارخانه دایر کند. جهت این معامله نامشروع است و اثری در تملک ندارد، لیکن خانه را فروشنده به تصرف خریدار داده است. او مالک نیست، ولی آیا رضای فروشنده از جهت امین ساختن او نیز بی‌اثر است؟ اگر در اثر سیل یا زلزله خانه خراب شود، خریدار باید زیانهای وارد شده را جبران سازد، یا او تنها مسؤول خسارتی است که در نتیجهٔ تقصیر او به بار آمده؟

ممکن است گفته شود که، هرچند قانون به مکافات غیراخلاقی بودن هدف دو طرف بر این توافق اثری بار نمی‌کند، به هر حال فروشنده مبیع را تصرف خریدار داده است. او هرچه می‌کند به اذن مالک است؛ در واقع امین او است و در صورتی مسؤولیت پیدا می‌کند که مرتکب تعدی و تفریط شود[1].

ولی، این گفته را مشهور فقیهان نپذیرفته است. می‌گویند، درست است که فروشنده مبیع را در اختیار متصرف می‌گذارد، ولی این کار را به خاطر آن می‌کند که او مالک شود و در مال خود تصرف کند: فروشنده جز این نخواسته است که موضوع قرارداد را منتقل سازد. خریدار به رضای او بر مال مستولی شده است، ولی نه به این عنوان که مال فروشنده را از طرف او اداره کند، اذن فروشنده مقید به این وضع و فرع بر انتقال است و نمی‌توان آن را، به طور مجرد و جدای از بیع، منشأ اثر دانست. قانون ارادهٔ او را بی‌اثر شناخته و انتقالی را که مقصود او بوده قابل تحقق ندانسته است. پس نباید اذن در تصرف را از مجموع وقایعی که او خواسته جدا کرد و باقی دانست. وقتی انتقال صورت نپذیرد اذنی هم باقی نمی‌ماند. مال بی‌اذن مالک در دست خریدار باقی مانده است و او بیدرنگ باید به صاحبش برگرداند، وگرنه همچون غاصب ضامن عین و منافع است[2].

۱. حاشیهٔ سید محمد کاظم بر مکاسب (نقل از مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۱۱۵).
۲. محقق، شرایع، کتاب تجارت ـ جواهرالکلام، ج ۲۲، ص ۲۵۷ به بعد ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱، ←

قانون مدنی هم از عقیدهٔ مشهور در فقه پیروی کرده است و در مادهٔ ۳۶۶ می‌گوید: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش ردکند و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.[۱]»

→
کتاب تجارت، در احکام بیع فاسد (اذا اشتری شراء فاسداً وجب علیه رده علی مالکه لعدم خروجه عنه بالبیع و علیه مؤنة الرد کالمغصوب) ـ مکاسب، ص ۱۰۱ ـ منیةالطالب، ج ۱، ص ۱۱۶ به بعد ـ مصباح‌الفقاهة، ج ۳، ص ۱۱۵.

۱. این قاعده را دربارهٔ عقود معاوضی بدین عبارت در فقه بیان می‌کنند که «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» ـ پاره‌ای از نویسندگان، ضمان متصرف مال را موکول به مطالبهٔ مالک و امتناع او پنداشته‌اند (مصباح‌الفقاهة، ج ۳، ص ۱۲۱).

مبحث اول: انتقال ملکیت مبیع و ثمن

۷۸. قاعدهٔ کلی و لزوم قابلیت مبیع :

قاعده این است که در اثر عقد بیع خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن شود (بند ۱ مادهٔ ۳۶۲ ق.م.). با وجود این، انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن جزء مقتضای بیع نیست. اقتضای تملیک فراهم می‌شود، ولی نفوذ آن منوط بدین شرط است که موضوع قرارداد قابلیت آن را داشته باشد؛ چنان که در مبیع کلی، تا فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین نشود، خریدار نمی‌تواند بر هیچ چیز در عالم خارج حق عینی پیدا کند.

تسلیم مبیع نشان متعارف ارادهٔ فروشنده در تعیین مبیع است، ولی نباید از آن نتیجه گرفت که تملیک در تمام موارد با تسلیم انجام می‌شود؛ چنان که اگر فروشنده مصداق کلی را تعیین و به نام خریدار بسته‌بندی کند و به مؤسسهٔ حمل و نقل بسپارد، از آن تاریخ تملیک محقق می‌شود و خریدار مالک کالای ارسال شده است. همچنین، اگر کسی ۱۰ خروار گندم از خرمنی را بفروشد و خرمن را به دیگران انتقال دهد، چندان که فقط ده خروار آن باقی بماند، گندم باقی مانده ملک خریدار است و نیازی به تسلیم آن نیست.

۷۹. انحراف از قاعده :

گذشته از موردی که مبیع کلی است، احتمال دارد دو طرف نخواهند که انتقال همزمان با عقد بیع انجام شود و گاه قانون تراضی آنان را کافی نمی‌بیند: مانند مواردی که

عقد جنبهٔ تشریفاتی دارد یا قبض از شرایط درستی عقد و وقوع تملیک است. بنابراین، ضمن دو گفتار؛ انحرافهای قراردادی و انحرافهای قانونی از این قاعده را مطالعه خواهیم کرد:

گفتار نخست : انحراف‌های قراردادی

۸۰. تأخیر در انتقال مالکیت :

تراضی دو طرف ممکن است انتقال ملکیت را مدتی به تأخیر اندازد: یعنی، چنین قرارگذارند که عقد هم اکنون بسته شود، ولی اثر آن از دو ماه بعد به وجود آید. درست است که تنها وجود اجل برای تسلیم مبیع مانع انتقال نمی‌شود (مادهٔ ۳۶۳ قانون مدنی)، ولی این حکم در صورتی است که دو طرف بخواهند انتقال پس از عقد انجام شود و تنها تسلیم مبیع مدتی به تأخیر افتد، وگرنه در موردی که تأخیر در انتقال مبیع نیز خواست آنان باشد، در نفوذ این اراده نباید تردید کرد.

تأخیر در انتقال مبیع بیشتر در خرید و فروش‌های اعتباری شرط می‌شود تا خریدار نتواند پیش از پرداخت ثمن کالای خریداری شده را تملک و به میل خود در آن تصرف کند. فروش در مغازه‌های بزرگ و با سرویس آزاد نیز نمونهٔ شایع دیگری برای شرط ضمنی تأخیر در انتقال مبیع تا زمان پرداخت ثمن است[1].

۸۱. شرط تعلیق در تملیک :

همانگونه که دو طرف می‌توانند انتقال ملکیت را به تأخیر اندازند، حق دارند آن را منوط به وقوع امری در عالم خارج سازند. تفاوت دو شرط در این است که، در تعلیق، انتقال امری نیست که در آینده مسلم باشد و مالکیت خریدار منوط به تحقق امری است که امکان دارد هیچ‌گاه انجام نشود. ولی، در شرط تأخیر، پس از مدتی انتقال خود به خود

۱. برای مطالعهٔ ویژگی‌های بیع و انتقال کالا، در داد و ستدهای سوپرهای بزرگ، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۲۲۳.

انجام می‌پذیرد.

بیع معلق نمونه‌های فراوان دارد که از متداول‌ترین آنها تعلیق ملکیت به پرداختن ثمن است. در مواردی که مبیع به اقساط فروخته می‌شود، برای این که فروشنده به وصول طلب خود مطمئن شود و نیازی به گرفتن وثیقه نیز نباشد، مرسوم است که بیع را به صورت معلق واقع می‌سازند: بدین ترتیب که شرط می‌کنند، با پرداختن آخرین قسط ثمن، مبیع به خریدار منتقل شود. به ویژه، در خرید و فروش اتومبیل، این گونه قراردادهای معلق زیاد دیده می‌شود. منتها، چون اتومبیل همیشه در معرض تلف است و، از آنجا که شرط تحقق نیافته، تلف از مال فروشنده است، فروشنده می‌تواند اتومبیل را به هزینهٔ خریدار بیمه کند تا از این راه بتواند قیمت آن را بگیرد. اجاره به شرط تملیک صورتی از همین گونه انتقال‌ها است، که مبیع به ظاهر اجاره داده می‌شود، و اقساط اجاره‌بها در واقع همان اقساط ثمن است که با پرداخت همهٔ آنهاتملیک نیز تحقق می‌یابد.

گفتار دوم : انحراف‌های قانونی

۸۲. اثر قبض در بیع صرف :

به موجب مادهٔ ۳۶۴ قانون مدنی: «**در بیعی که قبض شرط صحت است، مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه حین وقوع بیع**». با این که مادهٔ ۳۶۴ چنان انشا شده که گویی بیع صرف تنها یکی از مثال‌های موردی است که قبض از شرایط انعقاد بیع است، ولی از استقراء در قوانین بر می‌آید که بیع صرف تنها موردی است که قانونگذار به طور استثنایی تملیک را منوط به قبض مبیع کرده است.

این اصطلاح از فقه گرفته شده است: فقیهان خرید و فروش طلا و نقره را در برابر هم «بیع صرف» می‌گویند، خواه طلا و نقره به صورت مسکوک باشد یا سایر اشیاء.[1] مبیع و ثمن باید هر دو از جنس طلا یا نقره باشد. بنابراین، اگر صرافی مقداری مسکوک طلا را

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، چاپ حاج موسی، جلد متاجر، ص ۱۹۸ ـ شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۲۰۱.

به پول بفروشد، این معامله را «بیع صرف» نمی‌گویند.[۱]

در «بیع صرف» انتقال مالکیت تنها با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و عقد نیز پیش از قبض تمام نیست. منتها، در نظر مشهور قبض باید در مجلس عقد و پیش از جدایی دو طرف انجام شود. بنابراین، تعیین اجل برای تسلیم مبیع و جدا شدن خریدار و فروشنده پیش از قبض، بیع صرف را باطل می‌کند. ولی، قانون مدنی این قید را بر مادهٔ ۳۶۴ نیفزوده و قبض را به طور مطلق شرط درستی عقد دانسته است. حتی می‌توان از لحن این ماده استنباط کرد که تسلیم مبیع ممکن است مدتها پس از عقد انجام شود. زیرا، در پایان ماده آمده است که: **«انتقال از حین حصول شرط است نه حین وقوع عقد».** درست است که، از لحاظ ریاضی، اگر مبیع در مجلس عقد و حتی پس از یک ثانیه تسلیم شود، تاریخ عقد و قبض یکی نیست. ولی، عرف چنین فاصلهٔ کوتاهی را به دیدهٔ اغماض می‌نگرد و اهمیت آن به اندازه‌ای نیست که قانون ناچار باشد تکلیف مالکیت را در این دوره معین کند.

وانگهی، چون اثر قبض امری استثنایی است، باید آن را تنها در مورد خاص و پیش‌بینی شده پذیرفت. مادهٔ ۳۶۴ را نیز باید چنان محدود تفسیر کرد که حاکمیت اراده محفوظ بماند و بتواند اثر متعارف خود را در انتقال به جای گذارد. با وجود این، پاره‌ای از استادان، به دلیل احترام به سنت‌ها و پیشینهٔ مفهوم و اثر بیع صرف در فقه، قبض در مجلس عقد را شرط صحت بیع می‌دانند[۲].

۸۳. بیع خیاری :

مقصود از بیع خیاری، عقدی است که در آن برای یکی از طرفین یا شخص ثالث خیار فسخ شرط شود. حق فسخ، به طور معمول برای فروشنده شرط می‌شود: بدین ترتیب که در قرارداد خرید و فروش می‌آید که، هرگاه فروشنده در مدت معین ثمن را به

۱. صَرف در لغت به معنی صدا است و چون معاوضهٔ طلا و نقره صدا می‌کند، به این اعتبار چنین بیعی را صرف گفته‌اند.

۲. رک. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۴۷ و ۴۴۸ ـ دکتر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ص ۵۷۴.

خریدار پس بدهد، حق فسخ معامله و تملک مجدد مبیع را داشته باشد. این عقد را در حقوق ما «بیع شرط» نیز می‌نامند، و در قانون ثبت اسناد و املاک «معاملهٔ با حق استرداد» گفته شده است.

در بیع خیاری، وضع مالکیت مبیع، پیش از سپری شدن مدت خیار و قطعی شدن بیع، ثابت نیست. زیرا فروشنده می‌تواند، هرگاه بخواهد، با پرداختن ثمن، آنچه را که از دست داده است دوباره تملک کند. وضع متزلزل مبیع ممکن است این تردید را به وجود آورد که ملکیت نیز پس از انقضای خیار منتقل می‌شود و قانون مدنی برای رفع همین تردید مقرر داشته است که: **«در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار...»** (مادهٔ ۳۶۴ ق.م.).

مادهٔ ۴۵۹ قانون مدنی، ارادهٔ خریدار و فروشنده را حاکم بر عقد می‌داند و مقرر می‌دارد که: **«... اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد...»**.

مادهٔ ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اثر معاملهٔ با حق استرداد را در زمرهٔ معاملات رهنی قرار داد. به موجب این ماده، در معاملات شرطی نیز، مانند معاملهٔ رهنی، خریدار تنها طلبکار فروشنده محسوب می‌شود و می‌تواند برای وصول طلب خود و زیان دیرکرد درخواست صدور اجرائیه و فروش مبیع شرطی را بکند. با این وصف، دیگر بیع شرط یا خیاری باعث انتقال مالکیت مبیع به خریدار نمی‌شود و نهاد حقوقی ویژه‌ای است که باید جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد.

مبحث دوم : الزام به تسلیم مبیع

گفتار نخست : مفهوم تسلیم

۸۴. تعریف تسلیم و نقش مهم عرف :

مادهٔ ۳۶۷ ق.م. در تعریف تسلیم می‌گوید: «**تسلیم عبارتست از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که ممکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارتست از استیلاء مشتری بر مبیع**». بدین ترتیب، قبض و تسلیم دو چهرهٔ گوناگون یک حقیقت است: کار فروشنده در مسلط کردن خریدار بر مبیع تسلیم نامیده می‌شود، و استیلای خریدار را بر مبیع قبض می‌گویند.

منظور از تسلیم تنها مفهوم مادی و محسوس آن نیست؛ نه فقط ضرورت ندارد که در همه جا مورد معامله به دست خریدار داده شود، قبض مادی نیز، اگر همراه با تسلط خریدار بر مبیع نباشد و او را «متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات» نسازد، تسلیم محسوب نمی‌شود. مفهوم معنوی و عرفی تسلیم این است که مبیع چنان در اختیار مشتری قرار گیرد که عرف او را مسلط بر مال بداند، منتها گاه وسیلهٔ این کار قبض مادی مبیع است. برای مثال، قلم خودنویسی که فروخته می‌شود، زمانی در اختیار مشتری است که فروشنده آن را به دست خریدار یا نمایندهٔ او بدهد، در حالی که تسلیم اتومبیل یا خانه، با دادن کلید آن انجام می‌پذیرد و تسلیم زمین غیرمحصور با دادن سند مالکیت زمین و رفع موانع تصرف در آن محقق می‌گردد. به همین دلیل است که مادهٔ ۳۶۸ قانون

مدنی تصریح می‌کند که: «**تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.**» و مادهٔ ۳۶۹، برای این که نشان دهد که قاعدهٔ ثابتی در چگونگی تسلیم وجود ندارد و باید داوری عرف را پذیرفت، می‌افزاید که: «**تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.**»

۸۵. مبنای حقوقی الزام به تسلیم :

در این که چرا باید فروشنده مبیع را در اختیار مشتری قرار دهد، ممکن است گفته شود که، چون در اثر عقد مبیع به ملکیت او در می‌آید، ناچار فروشنده که از این پس ملک دیگری را در تصرف دارد باید آن را به مالک بدهد.

ولی، این توجیه را قانون مدنی نپذیرفته است: الزام فروشنده به تسلیم مبیع به دلیل ممنوع بودن تصرف در مال غیر نیست؛ ریشهٔ قراردادی دارد و ناشی از عقد بیع است. هدف نهایی از خرید مال اینست که خریدار بتواند در آن تصرف کند. در اثر عقد بیع، مبیع به ملکیت خریدار در می‌آید، و فروشنده نیز ملزم می‌شود که آنچه را فروخته است در اختیار مشتری قرار دهد.

نکتهٔ دیگری که یادآوری آن ضرورت دارد این است که، قبض عمل مستقل نیست و نیاز به اذن و ارادهٔ فروشنده ندارد (مادهٔ ۳۷۴ قانون مدنی). منتها، برای این که خریدار بتواند مبیع را تصرف کند، باید فرد آن در خارج معین باشد.

۸۶. تعهد به دادن اطلاعات لازم دربارهٔ مبیع :

گفته شد که «تسلیم» مفهومی عرفی و معنوی دارد. فروشنده باید مبیع را چنان در اختیار مشتری قرا ردهد که او بتواند، به گونه‌ای که می‌خواهد و معهود بین دو طرف است، از آن استفاده کند. بنابراین، فروشنده باید اطلاعات لازم برای بهره‌برداری از مبیع را در اختیار خریدار قرار دهد و پیش از آن تسلیم کامل نشده است. برای مثال، اگر ماشین حساب خاصی فروخته و تسلیم شود ولی کارخانهٔ فروشنده اطلاعات لازم برای به کار

بردن ماشین را به خریدار ندهد و نتوان بدون آن اطلاعات از ماشین بهره‌برداری کرد، نمی‌توان گفت که مبیع تسلیم شده است.

این حکم در صورتی است که خریدار نتواند با کاوش معمولی در عرف طرز کار ماشین را بفهمد. دادگاه باید، در هر مورد خاص و با توجه به اهمیتی که این گونه اطلاعات در بهره‌برداری از مبیع دارد، تشخیص دهد که آیا بدون آنها تسلیم به مفهوم عرفی خود انجام شده است؟

گذشته از مواردی که پاره‌ای اطلاعات لازمهٔ تحقق تسلیم است، در هر قرارداد فروشنده به طور ضمنی متعهد می‌شود که همهٔ اطلاعات لازم دربارهٔ عیوب پنهان و آشکار مبیع را به خریدار بدهد و او را دربارهٔ طرز استفاده و زیان‌های احتمالی ناشی از کالای فروخته شده راهنمایی کند. این تعهد ضمنی، به ویژه در مواردی اهمیت پیدا می‌کند که استعمال نابجای مبیع سبب ورود زیان به خود کالا یا دیگران می‌شود: مانند فروش پاره‌ای رنگ‌ها، داروها و صابون‌ها و ماشین‌های ویژه. بنابراین، اگر فروشنده به تعهد خود در این باب عمل نکند و در نتیجه خسارتی به بار آید، مسؤول جبران همهٔ آن‌ها است. همچنین، هرگاه سازندهٔ اشیاء خطرناک زیان‌ها و خطرهای احتمالی آن را به مصرف کنندگان گوشزد نکند، مرتکب خطایی شده که باید پیامدهای آن را نیز تحمل کند.

گفتار دوم : موضوع تسلیم

۸۷ تسلیم اصل مال :

فروشنده باید مبیع را، چنان که موضوع توافق قرار گرفته است، به خریدار تسلیم کند. برای آگاهی از چگونگی اجرای این تعهد، باید آن را در فرضی که مبیع عین است با موردی که کلی است جداگانه طرح کرد:

۱. هرگاه مبیع عین معین باشد، فروشنده آن را باید همانگونه که در عقد توصیف شده به خریدار دهد و مسؤول هرگونه عیب مخفی در آن نیز هست. می‌دانیم که اگر مبیع دارای عیب پنهانی باشد و به عنوان کالای سالم مورد معامله قرار گیرد، خریدار می‌تواند

یا از ثمن مورد توافق به نسبتی که از ارزش مبیع کاسته شده کسر بگذارد یا عقد را فسخ کند (مواد ۴۲۲ به بعد ق.م.). همچنین، در صورتی که فروشنده خریدار را فریب دهد و عیبی را که مبیع داشته است از نظر پنهان دارد، باید خسارت ناشی از کار خود را جبران کند. حتی خریدار می‌تواند به جبران زیان خود قناعت نکند و عقد را به استناد خیار تدلیس برهم زند (مادهٔ ۴۳۸ به بعد ق.م.).

۲. در موردی که مبیع کلی است، باید کالایی تسلیم شود که دارای همان جنس و وصف مورد توافق است. هرگاه این کالا دارای اقسام گوناگون باشد، فروشنده در انتخاب فرد مبیع آزاد است ولی نمی‌تواند مصداقی را برگزیند که عرفاً معیب است (مادهٔ ۲۷۹ ق.م.).

۸۸ منافع مبیع :

منافع مبیع، به تابعیت از ملکیت آن، از زمان عقد به خریدار منتقل می‌شود. از این پس، هر ثمره از مبیع به دست آید به او تعلق دارد و فروشنده باید، در زمان تسلیم، ثمره‌های این دوران را نیز به خریدار بدهد. بنابراین، اگر باغی فروخته شود و مدتی بعد به خریدار تسلیم گردد، میوه‌هایی که در فاصلهٔ بین عقد و قبض حاصل شده است به خریدار تعلق دارد و باید به او داده شود. منتها، الزام به تسلیم منافع مبیع ریشهٔ قراردادی ندارد و جزء مفاد معاوضه نیست، و به همین جهت تلف آن پیش از قبض موجب انفساخ عقد نمی‌شود. این منافع، به عنوان مال خریدار نزد فروشنده امانت است که باید در موعد مقرر تسلیم کند و وضع حقوقی و مسؤولیت او تابع قواعد عمومی تعهد امین است.

قاعدهٔ «تابعیت از ملک» در زمرهٔ قواعد امری نیست و دو طرف می‌توانند برخلاف آن شرط کنند: چنان که می‌توان باغی را فروخت و ضمن آن شرط کرد که میوه‌های باغ تا موعد تسلیم از آن فروشنده باشد، یا خانه را فروخت و به فروشنده حق داد که تا سه ماه به رایگان در آن بنشیند.

آنچه دربارهٔ تابعیت منافع مبیع گفته شد، ویژهٔ عین خارجی است. در صورتی که

مبیع کلی باشد، از زمانی ثمره‌ها و منافع به خریدار تعلق پیدا می‌کند که فرد مبیع از طرف فروشنده تعیین شود، زیرا تنها از این لحظه است که خریدار حق مالکیت بر آن پیدا می‌کند.

۸۹. توابع مبیع :

توابع مبیع نیز مانند اصل آن باید تسلیم شود. مقصود از توابع اشیایی است که برای استعمال و بهره‌برداری از مبیع ضرورت دارد. گفته شد که این گونه توابع، به حکم عرف یا مفاد قرارداد، جزو مبیع است و بنابراین الزام به تسلیم مبیع آنها را نیز شامل می‌شود[۱]. پس، اگر اتومبیلی فروخته شود، چرخ یدکی و جک و وسایل ابتدایی تعویض چرخ نیز از توابع مبیع است و باید تسلیم شود. ولی، در فروش با جایزه، به نظر می‌رسد که جایزه موضوع تملیک رایگانی است که همراه بیع انجام می‌شود و نباید آن را از توابع مبیع شمرد[۲].

در موردی که کالایی در ظرف یا بسته بندی خاص فروخته می‌شود، گاه ظرف نیز همراه با اصل مبیع به خریدار انتقال می‌یابد، منتها، فروشنده تعهد می‌کند که آن را دوباره از خریدار به همان قیمت که محاسبه شده بخرد: مانند فروش مشروبات گازدار و شیر، که شیشه را بایع با بهای معین انتقال می‌دهد و خریدار می‌تواند آن را برای خود نگهدارد یا به دیگری انتقال دهد یا در برابر همان قیمت به فروشنده واگذار کند.

برعکس، در پاره‌ای موارد فروشنده ظرف کالا را به خریدار تملیک نمی‌کند؛ آن را در برابر گرفتن سپرده‌ای به عاریه می‌دهد. خریدار کالا را در ظرف ویژهٔ آن استعمال می‌کند و هرگاه بخواهد می‌تواند، با دادن ظرف، سپردهٔ خود را بگیرد.

تشخیص این که رابطهٔ حقوقی فروشنده و خریدار تابع کدامیک از این دو فرض است همیشه آسان نیست و دادرس باید از مفهوم عرفی این رابطه برای پی بردن به خواست واقعی دو طرف استفاده کند.

۱. رک. ش ۶۳ به بعد.
۲. رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۲۰.

گفتار سوم: موعد و محل و مخارج تسلیم

۹۰. موعد تسلیم:

اگر در عقد موعدی برای تسلیم مبیع معین نشده باشد، فروشنده باید آن را بیدرنگ تسلیم خریدار کند. تعیین مهلتی که برای تسلیم مبیع شرط می‌شود با دو طرف است و، تا جایی که با انتقال ملکیت منافات نداشته باشد، ممکن است مهلت دور یا نزدیک باشد. ولی، مهلت را نمی‌توان چندان دور معین کرد که با مفهوم بیع تناقض پیدا کند. در هر حال مهلت باید معین باشد و احتمال کم و زیاد در آن نرود.

تعیین مهلت مجهول از جمله شروطی است که جهل به آن در ارزش مبیع اثر می‌کند، و به همین جهت باعث بطلان عقد می‌شود (بند ۲ از مادهٔ ۲۳۳ ق.م.). پس، اگر کشاورزی ده خروار گندم بفروشد تا هرگاه خواست یا محصول او از صد خروار تجاوز کرد تحویل دهد، عقد بیع درست نیست. زیرا، هرچه موعد طولانی‌تر باشد، ارزش کالا کمتر است و شرطی چنین مجهول سبب می‌شود که خریدار نداند در برابر پولی که می‌دهد چه می‌گیرد.

۹۱. بیع سلف یا سلم:

در موردی که ثمن نقد است، تعهد فروشنده در تسلیم مبیع می‌تواند مؤجل باشد و در چنین حالتی، هرگاه مبیع کلی و در ذمه باشد، آن را «**بیع سلف یا سلم**» می‌خوانند: مانند این که کارخانهٔ اتومبیل‌سازی پول ۵۰ دستگاه اتومبیل سواری را بگیرد و تعهد کند که در سال آینده تحویل دهد، یا بارفروشی در پاییز ۲۰ صندوق پرتقال بفروشد تا بیستم اسفند در اختیار مشتری قرار دهد. ولی، باید دید آیا در چنین عقدی ثمن و مبیع می‌تواند هر دو مدت‌دار باشد، یعنی در مثال‌های یاد شده پول اتومبیل یا پرتقال نیز به نسیه پرداخت شود؟

طرح پرسش به خاطر این است که در فقه بیع کلی راکه در آن ثمن و مبیع مؤجل باشد باطل می‌دانند. این بیع در اصطلاح «**کالی به کالی**» نامیده می‌شود و برای بطلان آن در حقوق

کنونی می‌توان گفت، چون مطابق اصل ۴ قانون اساسی فرض اینست که قانونگذار از قواعد مذهب جعفری پیروی می‌کند، در این مورد نیز باید سکوت او را نشانهٔ امضای حکم فقهی شمرد. به ویژه، که از لحاظ تاریخی نیز می‌دانیم که کتابهای مشهور فقه امامیه بزرگترین منبع الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده است.

ولی، این گفته را نمی‌توان به آسانی پذیرفت، زیرا قانونگذار در مادهٔ ۱۰ قانون مدنی اصلی تأسیس کرده که به موجب آن همهٔ قراردادها درست است، مگر این که خلاف صریح قانون باشد. این اصل در مادهٔ ۲۳۳ نیز از لحاظ دیگر تکرار شده است. پس، اگر چنین نظر داشت که بیع کالی به کالی را فاسد شمرد، بیگمان به آن اشاره می‌کرد و همین سکوت او در مقام بیان قرینه‌ای است بر درستی معامله. به ویژه، امروز که بخش مهمی از داد و ستدهای بازرگانی بدین صورت انجام می‌پذیرد، اعتقاد به بطلان بیع کالی به کالی از جهت اقتصادی و برخورد با عرف نیز زیانبار است.

وانگهی، مطالعهٔ کتابهای فقه نشان می‌دهد که شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و بطلان بیع مال کلی به نسیه بیشتر به اجتهاد و، به احتمال، به مصلحت‌اندیشی فقیهان اتکاء دارد تا به منع صریح اخبار. آنچه مسلم به نظر می‌رسد منع فروش دین به دین است (لایُباع الدین بالدّین: حدائق، ج ۱۰، ص ۲۰۱). جمعی از فقیهان نیز اعتقاد دارند که قدر متیقن این است که مبیع باید پیش از عقد دین باشد نه این که به سبب عقد بر ذمه قرار گیرد[۱].

۹۲. محل تسلیم :

به موجب مادهٔ ۳۷۵ قانون مدنی: «**مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است، مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگری باشد و یا در ضمن عقد بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.**»

بنابراین، قاعده این است که مبیع باید در محل وقوع عقد تسلیم شود، و هزینهٔ حمل آن به عهدهٔ خریدار باشد. این قاعده امری نیست و نه تنها دو طرف می‌توانند برخلاف

۱. رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۱۵.

آن شرط کنند؛ رسوم تجارتی نیز بر حکم قانون مقدم است. برای مثال، در عرف خرید و فروش آجر و تیرآهن و ماسه، مرسوم است که مبیع در محل ساختمان تحویل داده می‌شود. پس، اگر در برابر این رسم طرفین سکوت کنند، فرض این است که خواسته‌اند حکم عرفی را بپذیرند؛ چنان که در عمده‌فروشی‌ها که خریدار از محل کالا آگاه است و در بیع بین‌المللی که عقد در محلی خارج از اقامتگاه دو طرف واقع است، ظاهر عرفی تعهد به تسلیم در محل وقوع کالا است، مگر این که فروشنده تعهد به فرستادن کالا برای خریدار کرده باشد. در این فرض محل تسلیم بندر مقصد است[1].

بدیهی است که حکم مادهٔ ۳۷۵ ناظر به اموال منقول است، وگرنه تسلیم زمین و خانه و... مانند اینها، ناچار بایستی در محل وقوع ملک انجام پذیرد.

۹۳. مخارج تسلیم :

فراهم آوردن مقدمات تسلیم از لوازم تعهد فروشنده بر تسلیم مبیع است. پس، او باید هزینهٔ حمل کالا به محل تسلیم و شمردن و وزن کردن آن را بپردازد، چنان که مادهٔ ۳۸۱ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**مخارج تسلیم مبیع، از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم و اجرت شمردن و وزن کردن به عهدهٔ بایع است و مخارج تسلیم ثمن به عهدهٔ مشتری است.**»

این قاعده نیز در زمرهٔ قواعد تکمیلی است و دو طرف می‌توانند برخلاف آن تراضی کنند و هزینهٔ حمل را بر عهدهٔ خریدار گذارند یا به تساوی بین او و فروشنده تقسیم کنند. مادهٔ ۳۸۲ در همین زمینه می‌گوید: «**هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شد و یا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد، باید طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متبایعین می‌توانند آن را به تراضی تغییر دهند.**»

باید افزود که مادهٔ ۳۸۱ ق.م. ناظر به مخارج تسلیم است نه هزینهٔ ثبت و تحریر سند

۱. برای دیدن، فرض‌های گوناگون تسلیم به‌وسیلهٔ حمل با کشتی، که به طور معمول وسیلهٔ حمل کالاهای سنگین است، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۲۶، ص ۱۷۸ و ۱۷۹.

معامله. پس، باید پذیرفت که مادهٔ ۳۸۲ ق.م. دربارهٔ مخارج معامله به حکم مادهٔ ۳۸۱ باز نمی‌گردد و تنها مرجع آن عرف و تراضی است. به حکم منطق و عرف، هزینهٔ تنظیم سند رسمی و ثبت به عهدهٔ دو طرف معامله است، مگر این که برخلاف آن تراضی شود. ولی، مادهٔ ۱۵۹۳ ق.م. فرانسه، هزینه‌های تنظیم سند و سایر مخارج فرعی را به عهدهٔ خریدار نهاده است[1].

گفتار چهارم : ضمانت اجرای این تکلیف

الف : تضمین‌های قانونی

۹۴. تغییر وضع حقوقی فروشندهٔ متخلف :

همین که بیع واقع شد، مبیع به خریدار منتقل می‌شود و فروشنده متعهد است که آن را به مالک جدید بسپارد. در موردی که مبیع عین معین است و برای تسلیم آن موعدی مقرر شده، پیش از فرا رسیدن این موعد، فروشنده در حکم امین خریدار است: باید عوض منافعی را که استیفاء کرده است به او بدهد، مگر این که مأذون در انتفاع مجانی باشد. تلف مبیع در این دوره، اگر به دلیل حوادث خارجی باشد، سبب انفساخ عقد می‌شود: یعنی فروشنده ثمنی را که گرفته است پس می‌دهد، ولی ضامن مثل یا قیمت مال تلف شده نیست.

اما اگر موعد تسلیم فرا رسد و فروشنده از ایفاء به عهد خودداری کند، وضع حقوقی او دگرگون خواهد شد. تا زمانی که تسلیم مبیع از او خواسته نشده ضامن تلف و نقص نیست و با او مانند غاصب رفتار نمی‌شود، ولی خسارت‌های ناشی از عدم انجام تعهد را باید بپردازد. زیرا، در حقوق ما، جز در موردی که موضوع تعهد وجه نقد است، بدهکار باید به طلبکار رجوع کند و دین خود را بپردازد، وگرنه ملزم به پرداختن خسارت تأخیر تأدیه است. بنابراین، اگر فروشنده به هنگام به تسلیم مبیع اقدام نکند، باید کلیهٔ زیان‌های ناشی از خطای خود را بپردازد و از جمله مسؤول منافعی است که در اثر عدم تسلیم مبیع

۱. در این باره، رک. ژاک گستن و برنارد دشه، رسالهٔ قراردادها، بیع، ش ۱۰۹۳.

از خریدار فوت شده است، هرچند که او استیفا نکرده باشد، مگر این که ثابت کند قوهٔ قاهره (خارجی و احترازناپذیر) مانع تسلیم بوده است، یا تلف مبیع در اثر حادثهٔ خارجی تسلیم را ناممکن ساخته است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.) یا دلیل عدم تسلیم امتناع یا خطای خریدار است.

ولی، هرگاه فروشنده در برابر درخواست خریدار از تسلیم امتناع ورزد یا وجود مبیع را نزد خود انکار کند، از این تاریخ در حکم غاصب است و «... مسؤول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد.» (مادهٔ ۶۳۱ ق.م.).

۹۵. اجبار فروشنده به تسلیم :

در حقوق فرانسه، هرگاه فروشنده از تسلیم مبیع خودداری کند، خریدار می‌تواند الزام او را درخواست کند یا از دادگاه بخواهد که عقد را ابطال کند. دادگاه اجباری در پذیرفتن درخواست اخیر ندارد و فقط در صورتی حکم به انحلال بیع می‌دهد که چگونگی خودداری فروشنده آن را ایجاب کند و صدور حکم به خسارت نتواند زیانهای ناشی از آن را جبران سازد[1]. ولی، در حقوق ما، به نظر مشهور خریدار حق فسخ قرارداد یا درخواست انحلال آن را از دادگاه ندارد و فقط می‌تواند اجبار فروشنده را به تسلیم مبیع بخواهد (مادهٔ ۳۷۶ ق.م.). منتها، اگر این الزام ممکن نشد، خریدار به عنوان آخرین حربه حق فسخ دارد[2].

با وجود این، در اثبات وجود خیار فسخ به دلیل امتناع طرف قرارداد از وفای به عهد، ممکن است استدلال شود که، در قراردادهای معوض، معامله بر مبنای این شرط ضمنی قرار می‌گیرد که هر متعهد به هنگام وفای به عهد کند. پس، اگر یکی از دو طرف از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد، طرف دیگر به استناد خیار تخلف از شرط ضمنی حق فسخ دارد. به بیان دیگر، هر قرارداد

۱. در این باره، رک. گستن، همان کتاب، ش ۶۹۷.

۲. حکم شمارهٔ ۱۱۰۸ - ۲۷/۷/۱۴ شعبهٔ ۶ دیوان کشور، مجموعهٔ رویهٔ قضائی احمد متین، ص ۷۵ - و در مورد اثر تخلف از شرط فعل و نظر فقیهان و نظریه‌پردازان، رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۷۶ و ۶۰۸ - و برای دیدن پاسخ تفصیلی به امکان فسخ قرارداد به دلیل امتناع طرف قرارداد از وفای به عهد، رک. همان کتاب، ش ۶۰۷.

معوض حاوی خیار شرط ضمنی در صورت تخلف از وفای به عهد متقابل است[۱].

۹۶. استفاده از حق حبس :

خریدار می‌تواند از پرداختن ثمن خودداری کند تا فروشنده حاضر به تسلیم مبیع شود. همین اختیار را فروشنده نیز در مورد تسلیم مبیع دارد: یعنی می‌تواند ایفای به عهد را منوط به پرداختن ثمن کند. این اختیار متقابل از رابطهٔ علیت بین دو تعهد یا همبستگی ارادی آن دو استنباط می‌شود و «حق حبس» نام دارد. فروشنده به خاطر دست یافتن به ثمن التزام به تسلیم مبیع را پذیرفته و خریدار برای تصرف در مبیع به پرداختن ثمن تعهد کرده است. توافق دو طرف این دو تعهد را با هم آفریده، پس منطقی و منصفانه است اگر هریک از آنان اجرای تعهد خود را، همچنان که در مفاد توافق نیز آمده است، موکول به اجرای تعهد دیگری سازد. منتها، این اشکال باقی می‌ماند که، اگر هر طرف بتواند از وفای به عهد به بهانهٔ امتناع دیگری شانه خالی کند، معلوم نیست چه گونه می‌توان به این نزاع و گروکشی پایان داد؟ آیا همین که متعهد در مقام دفاع به حق حبس استناد کند باید طلبکار را به بیحقی محکوم ساخت یا می‌توان هر دو را به ایفای به عهد ملزم کرد؟

هرگاه یکی از دو طرف آنچه را که به عهده دارد تسلیم کند، می‌تواند اجبار دیگری را از دادگاه بخواهد. ولی اشکال اصلی در این است که، اگر هر دو درخواست اجبار طرف دیگر را کردند و هر دو نیز به حق حبس استناد جستند، دادگاه چه وظیفه‌ای دارد؟

فقهای امامیه فرض اخیر را پیش‌بینی کرده‌اند و، برخلاف گفتهٔ شافعی که صدور حکم بر بیحقی را ترجیح داده است، نظر داده‌اند که دادگاه باید هر دو را اجبار کند[۲]. پاره‌ای از استادان نیز این نظریه را تأیید کرده‌اند[۳]. دیوان کشور در حکم شمارهٔ ۱۸۷ - ۱۷/۱/۲۸ شعبهٔ ۴ نظر داده است که در هیچ صورت نمی‌توان خریدار یا فروشنده را به

۱. همان کتاب، ش ۶۰۷.

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۲ - جواهرالکلام، متاجر، ص ۱۳۵ - شرح لمعه، چاپ سربی، ج ۳، ص ۵۲۲ - مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۱۸۴ - علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱، بیع.

۳. استاد سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۵۹.

استناد حق حبس طرف مقابل محکوم به بیحقی کرد[1].

در فرض اخیر که هر دو اجبار دیگری را خواسته‌اند، با توجه به سابقهٔ تاریخی قانونی مدنی، شاید بتوان صدور حکم به اجبار خریدار و فروشنده و مبادلهٔ دو محکوم‌به را در مرحلهٔ اجرا پذیرفت، ولی پذیرفتن دعوای اجبار از طرف کسی که خود وفای به عهد نکرده است، به طور کلی با مفاد مادهٔ ۳۷۷ سازگار به نظر نمی‌رسد.

۹۷. موارد سقوط حق حبس :

حق حبس از آثار بیع مطلق است و از مفاد تراضی استنباط می‌شود. بنابراین، مانعی ندارد که آنان، به طور صریح یا ضمنی، حق حبس را ساقط کنند. قانون مدنی دو مورد از صورت‌های گوناگون این تراضی را بیان کرده است:

۱. تعیین اجل برای مبیع یا ثمن نشانهٔ آنست که طرفین خواسته‌اند اجرای تعهد یکی را بر دیگری مقدم دارند. در چنین موردی هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود (بخش اخیر مادهٔ ۳۷۷ ق.م.). ولی، در صورتی که موعد تسلیم مبیع و تأدیهٔ ثمن در یک زمان باشد، تعیین چنین اجلی دلیل بر سقوط حق حبس و ایجاد تقدم و تأخر بین دو تعهد نیست و بنابراین باید گفت در چنین فرضی هریک از خریدار و فروشنده می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد دیگری سازد.

همچنین، در مواردی که دادگاه یا اجرای ثبت به درخواست مدیون قرار اقساط می‌گذارد، تعیین اجل حق حبس را از بین نمی‌برد، زیرا اجلی که بدین گونه بر طلبکار تحمیل می‌شود، حاکی از رضای او به تأخیر در پرداخت نیست.

۲. در صورتی که یکی از دو طرف به میل خود آنچه راکه به عهده داشته است تسلیم کند، در واقع بدین وسیله از حق حبس صرفنظر کرده است. بنابراین، به این بهانه که طرف مقابل از تسلیم امتناع ورزیده است، حق ندارد آنچه را که داده است پس گیرد (مادهٔ ۳۷۸ قانون مدنی).

۱. احمد متین، مجموعهٔ رویهٔ قضائیه، قسمت حقوقی از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۷۳.

ب : ضمانت اجراهای قراردادی

۹۸. اجبار ممتنع و شرط خیار :

گذشته از وسایلی که قانون برای اجبار فروشنده به تسلیم پیش‌بینی کرده است، دو طرف نیز می‌توانند آثار خودداری از تسلیم را در قرارداد شرط کنند. در حقوق کنونی این گونه شرایط در بیشتر معاملات به کار می‌رود[۱]. برای مثال، می‌توان، برای هر روز تأخیر در تسلیم، وجه التزام معینی پیش‌بینی کرد و بدین وسیله فروشنده را به اجرای تعهد خویش وادار ساخت، همچنان که می‌توان وجه التزام خاصی را پیش‌بینی کرد تا در صورت تسلیم نشدن مبیع، به عنوان خسارت عدم انجام تعهد، به خریدار پرداخته شود و او بتواند با فسخ بیع این مبلغ را مطالبه کند (مواد ۲۳۰ و ۳۹۹ قانون مدنی). در این صورت، خریدار می‌تواند یا الزام فروشنده را به تسلیم مبیع و پرداختن زیان‌های ناشی از تأخیر را از دادگاه بخواهد، یا معامله را فسخ کند و خسارت پیش‌بینی شده برای عدم انجام تعهد را مطالبه کند. ولی، خسارت عدم انجام تعهد و اجرای آن را با هم نمی‌توان درخواست کرد[۲].

۹۹. امکان انفساخ عقد :

هرچند که در قوانین ما شرط «انفساخ» عقد پیش‌بینی نشده است، به نظر می‌رسد که طرفین می‌توانند شرط کنند که در صورت عدم تسلیم مبیع عقد خود به خود منفسخ شود و خریدار بتواند مبلغی به عنوان وجه التزام از فروشنده بگیرد. زیرا، همان دو اراده‌ای که می‌تواند بیع را با تراضی «اقاله» کند، حق دارد شرایط انحلال بیع را نیز در قرارداد پیش‌بینی کند؟

۱. پلنیول وریپر و آمل، ج ۱، ش ۸۲.
۲. دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۲۷۶.

گفتار پنجم: آثار تسلیم

۱۰۰. انتقال ضمان معاوضی:

با این که در حقوق ما عقد بیع تملیکی است، اگر مبیع پیش از تسلیم به خریدار در اثر حادثه‌ای تلف شود، از کیسهٔ فروشنده است و او باید ثمنی را که در برابر مال تلف شده گرفته است به خریدار پس بدهد: این مسؤولیت تلف را در اصطلاح **«ضمان معاوضی»** گویند. اثر مهم تسلیم انتقال ضمان معاوضی از عهدهٔ فروشنده به عهدهٔ خریدار است. زیرا، پس از تسلیم، بیع تمام شده محسوب است و تلف مبیع دیگر ارتباطی به فروشنده ندارد.

مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند: **«اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع، تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد، که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»** این ماده مباحث گوناگونی را بین حقوقدانان برانگیخته است: اختلاف شده که آیا انفساخ نتیجهٔ تراضی و از آثار معاوضه است، یا حکمی است خلاف قاعده و استثنایی که باید تنها در حدود نص اجرا شود؟ پاسخ به این پرسش را ضمن بحث دربارهٔ مبنای حقوقی مادهٔ ۳۸۷ خواهیم داد و پس از آن قلمرو حکم را بررسی می‌کنیم:

الف: مبنای حقوقی مادهٔ ۳۸۷

۱۰۱. تحلیل حقوقی بیع و همبستگی دو عوض متقابل:

مقصود از جستجوی مبنای حقوقی مادهٔ ۳۸۷ این است که، آیا باقی ماندن «ضمان معاوضی» بر عهدهٔ فروشنده حکمی است استثنایی که قانونگذار بنا به مصلحتی آن را در بیع مقرر داشته، یا نتیجهٔ قهری معاوضهٔ ثمن و مبیع و وابستگی تعهدهای متقابل به یکدیگر است؟

گفته شده است که، به موجب مادهٔ ۳۳۸ قانون مدنی، عقد بیع تملیکی است، یعنی

در اثر توافق دو طرف و به محض انعقاد قرارداد، مبیع به خریدار منتقل می‌شود. پس، اگر مورد معامله در همان زمان به او تسلیم نشود، ملکیت انتقال یافته است. فروشنده به عنوان امین خریدار مبیع را در دست دارد و ضامن تلف قهری آن نیست، همچنان که، اگر خریدار مبیع را از او می‌گرفت و به دیگری می‌سپرد، در صورت تلف قهری آن نمی‌توانست از امین خسارت بخواهد. بنابراین، حکم مادهٔ ۳۸۷ با تملیکی بودن بیع منافات دارد و استثنایی است بر این اصل که تلف هر مالی باید از کیسهٔ مالک آن باشد.

ولی، باید دانست که هدف نهایی از خرید و فروش این است که خریدار در برابر پولی که به فروشنده می‌دهد بتواند بر مبیع دست یابد. انتقال ملکیت به تنهایی این هدف را تأمین نمی‌کند و به همین جهت، اگر خریدار بداند که هیچ‌گاه بر مبیع دست نخواهد یافت، حاضر به معامله نمی‌شود. در نتیجهٔ همین اراده، که خواست مشترک طرفین است، دادن ثمن به فروشنده و تسلط بر مبیع به عنوان موجودی مرکب به وجود می‌آید؛ موجودی که از بین رفتن جزیی از آن جزء دیگر را نیز از بین می‌برد: همین که مبیع تلف شود، چون تعهد خریدار به دادن ثمن مبنای خود را از دست داده است، آن هم از بین می‌رود و به خریدار باز می‌گردد. بازگشتن ثمن به خریدار در زبان حقوقی به «انفساخ» تعبیر می‌شود و امری استثنایی و خلاف قاعده نیست.

ایراد نشود که چرا تلف مبیع عقد را از ابتدا منحل نمی‌سازد و از تاریخ تلف دو عوض به جای خود باز نمی‌گردد، زیرا می‌دانیم که عقد بیع تملیکی است و، در فاصلهٔ بین عقد و تلف، مبیع به خریدار تعلق دارد. تلف مبیع حادثهٔ جدیدی است که به طور طبیعی دربارهٔ آینده اثر دارد و نمی‌تواند درگذشته نیز تأثیر کند و انتقال ملکیت را از بین ببرد. پس، جمع بین تملیکی بودن بیع و لزوم انحلال تعهد خریدار در اثر تلف مبیع به این ترتیب است که عقد تا زمان تلف آثار طبیعی خود را داشته باشد و پس از تلف «منفسخ» شود[1].

۱. برای دیدن تفصیل بحث، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، قرائت و تمرین (۴)؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ش ۷۲۴ به بعد.

۱۰۲. فایدهٔ بحث :

تمیز مبنای حقوقی مادهٔ ۳۸۷ و، به بیان روشن‌تر، پاسخ دادن به این پرسش که آیا مادهٔ ۳۸۷ ناشی از ارادهٔ مشترک طرفین و در زمرهٔ قواعد کلی معاملات است یا حکمی است استثنایی که قانونگذار مقرر داشته، دو فایدهٔ عملی دارد:

۱. در صورتی که حکم مادهٔ ۳۸۷ در زمرهٔ اصول حقوقی باشد، اختصاص به مبیع و عقد بیع ندارد و باید آن را در مورد تلف ثمن پیش از قبض و همچنین اجاره و قرض و معاوضه و صلح نیز اجرا کرد. ولی، هرگاه قاعدهٔ تلف مبیع پیش از قبض استثنا بر قواعد معاملات باشد، ویژهٔ مبیع است، و در مورد ثمن و سایر معاوضات اجرا نمی‌شود[1]. زیرا حکم استثنایی را باید تفسیر محدود کرد و آن را تنها در مورد نص به کار بست.

۲. اگر قاعدهٔ تلف مبیع پیش از قبض بر طبق قواعد عمومی قراردادها و نتیجهٔ پیروی از قصد مشترک دو طرف باشد، قاعده‌ای است تکمیلی که شرط خلاف آن نافذ است. زیرا، همان دو اراده‌ای که مبنای اجرای این قاعده قرار گرفته است می‌تواند برخلاف آن نیز تصمیم بگیرد. ولی، هرگاه حکمی باشد استثنایی که از سوی قانونگذار تحمیل شده، در زمرهٔ قواعد امری است و دو طرف نمی‌توانند برخلاف آن تراضی کنند. زیرا قانونگذار مفاد این تراضی را نادیده گرفته و حکم استثنایی را بر آنان تحمیل کرده است.

با وجود این، پاره‌ای از محققان، با اینکه حکم تلف مبیع پیش از قبض را موافق قاعده دانسته‌اند، به دلیل ارتباط آن با مقتضای معاوضه و حکم قانونگذار، تراضی برخلاف آن را مجاز نشمرده‌اند[2].

ب : *قلمرو مادهٔ ۳۸۷*

۱۰۳. شرایط اعمال مادهٔ ۳۸۷ :

برای این که تلف مبیع سبب انفساخ عقد شود باید این شرایط موجود باشد: ۱) مبیع به

۱. مصطفی عدل (منصور السلطنة)، ش ۴۵۱، چاپ چهارم، ص ۲۶۸ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۶۳.

۲. میرزا نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیةالطالب، ج ۲، ص ۱۹۰.

هنگام تلف عین معین باشد ۲) پیش از تسلیم تلف شود ۳) تلف در اثر حادثه خارجی باشد نه تقصیر و اهمال بایع. اکنون هریک از این شرایط را از نزدیک بررسی می‌کنیم و پس از آن اثر تلف نماآت و بعض از مبیع و نقص آن را مطرح می‌سازیم:

۱۰۴. مبیع به هنگام تلف عین معین باشد :

با این که در مادهٔ ۳۸۷ به معین بودن عین اشاره نشده است، ولی از پیشینهٔ آن در فقه و قواعد عمومی به آسانی می‌توان این شرط را استنباط کرد. زیرا، نه تنها در فقه به لزوم شخصی بودن مبیع تصریح شده است، در صورتی که مبیع کلی باشد، خریدار طلبکار است و هرگاه فردی که در اختیار فروشنده است از بین برود او می‌تواند فرد دیگری تهیه و تسلیم کند. در موردی هم که تمام افراد کلی از بین می‌رود، چون پیش از تعیین فرد مبیع تملیک انجام نمی‌شود، عقد بیع از ابتدا باطل خواهد شد و هیچ‌گاه موردی برای انفساخ عقد پیش نمی‌آید.

با وجود این، پرسش مهمی که باقی است وکمتر مطرح می‌شود این است که، آیا لازم است مبیع در زمان عقد عین معین باشد یاکافی است به هنگام تلف معین شده باشد؟

اثر بحث در صورتی ظاهر می‌شود که، پس از تعیین مصداقی ازکلی به عنوان مبیع، این مصداق پیش از تسلیم به خریدار از بین برود: زیرا گفته شد که در فروش مال کلی نباید تسلیم را با تملیک اشتباه کرد: همین که مصداق مبیع کلی از طرف فروشنده به طور قطعی تعیین شود، تملیک نیز تحقق می‌یابد. پس، می‌توان گفت که در چنین موردی، چون مبیع به ملکیت خریدار درآمده در حکم عین شخصی است و تلف آن پیش از تسلیم سبب انفساخ عقد می‌گردد.

برعکس، در رد این گفته می‌توان استدلال کرد: جایی که مبیع عین معین است، خریدار و فروشنده دربارهٔ کالای معین تصمیم گرفته‌اند و هیچ‌چیز نمی‌توانند جای آن موضوع را بگیرد. پس، اگر مبیع تلف شود، در واقع اجرای تعهد فروشنده ناممکن شده است و چاره‌ای جز انحلال عقد و از بین رفتن تعهد خریدار باقی نمی‌ماند. ولی، در موردی که مبیع کلی است، همهٔ افراد مبیع می‌تواند موضوع داد و ستد قرار گیرد. اگر

فردی که فروشنده انتخاب کرده است از بین برود، او می‌تواند فرد دیگری انتخاب و تسلیم کند. بنابراین، تلف فرد انتخاب شده تسلیم کالای مورد توافق را ناممکن نمی‌کند تا بتوان انفساخ عقد را به عنوان آخرین دارو برگزید.

فرض کنیم تاجر ایرانی از فروشندهٔ ژاپنی هزار تن کاغذ خریده است. کارخانهٔ ژاپنی کاغذها را به نام تاجر ایرانی بسته بندی کرده و برای ارسال به کشتی سپرده است، یعنی مصداق خارجی هزار تن کاغذ معین شده و کاغذها به ملکیت تاجر ایرانی درآمده است. ولی در راه کشتی آسیب می‌بیند و کاغذها تلف می‌شود.

این تلف به عهدهٔ تاجر ژاپنی است. ولی آیا عقد نیز خود به خود منفسخ می‌شود: یعنی نه تاجر ژاپنی می‌تواند ثمن معامله را نگاه دارد و هزار تن کاغذ دیگر بفرستد و نه تاجر ایرانی می‌تواند او را ملزم به فرستادن کاغذ کند؟ یا باید گفت فروشنده به واسطهٔ حادثهٔ خارجی نتوانسته است به عهد خود عمل کند، ولی اصل تعهد از بین نرفته و عقد به جای خود باقی است؟

دادن پاسخ قطعی به این پرسش با رویهٔ قضایی است. ولی به نظر می‌رسد که انفساخ بیع ترجیح دارد. زیرا، نخستین دین فروشنده تعهد مربوط به تعیین مصداق مبیع است. با ایفای این تعهد، دین از بین می‌رود و تملیک نیز تحقق می‌یابد و از این پس وضع فروشنده مانند کسی است که مال معین را فروخته و اکنون ملزم به تسلیم آن است. بنابراین، تلف این کالا به منزلهٔ تلف مبیع است و فروشنده را نمی‌توان به تعیین فرد دیگر اجبار کرد[1]. در موردی هم که مبیع کلی در معین یا در حکم معین است، هرگاه تمام آن از بین برود، در حکم موردی است که مبیع معین از بین رفته: عقد منفسخ می‌شود و ثمن به خریدار برمی‌گردد.

۱. فقهای امامیه معمولاً قید کرده‌اند که برای اجرای قاعدهٔ تلف مبیع پیش از قبض مبیع باید عین شخصی باشد. ولی صاحب جواهر نظر بالا را تأیید کرده و نوشته است: «ولو کان المبیع کلیاً و تصور تشخصه بغیر القبض لحقه الحکم مع صدق اسم المبیع علیه» (جلد متاجر، ص ۱۲۰). باید انصاف داد که تنها با این تعبیر است که با اندک مسامحه می‌توان بیع مال کلی را نیز تملیکی نامید و بین فروش مال کلی و تعهد به تملیک و فروش آن تفاوت گذارد.

۱۰۵. تلف مبیع پیش از تسلیم باشد؛ تلف در زمان خیار مختص مشتری :

گفته شد که ضمان معاوضی با تسلیم به خریدار منتقل می‌شود. بنابراین، هرگاه مبیع بعد از تسلیم تلف شود، قاعده حکم می‌کند که به عهدهٔ خریدار باشد. با وجود این، قانون مدنی مقرر داشته است که، اگر در مورد خیار مجلس و حیوان و شرط، خیار مختص به مشتری باشد: مانند این که فروشنده خیار مجلس را ساقط کرده باشد و تنها خریدار بتواند از آن استفاده کند، یا خیار شرط تنها برای خریدار مقرر شده باشد (خیار حیوان همیشه اختصاص به خریدار دارد)، تلف مبیع تا پایان مدت خیار به عهدهٔ فروشنده است: بدین ترتیب که بیع منفسخ می‌شود و ثمن باید به خریدار پس داده شود.

این حکم خلاف قواعد معاوضه و استثنایی است و باید تنها در مورد نص اجرا شود. زیرا، وقتی پذیرفته شد که خیار مانع از انتقال نمی‌شود، دیگر به هیچ منطقی نمی‌توان تلف مبیع را به عهدهٔ فروشنده گذارد. به هر حال، متن مادهٔ ۴۵۳ چنین است: **«در خیار مجلس و حیوان و شرط، اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهدهٔ بایع است.»**

۱۰۶. تلف در اثر حادثهٔ خارجی باشد؛ معنی اهمال و تقصیر و آثار آن :

از تاریخ مادهٔ ۳۸۷ و لحن بخش اخیر آن چنین بر می‌آید که مقصود از «اهمال و تقصیر» کوتاهی در نگاهداری از مبیع است و شامل «تقصیر قراردادی» نمی‌شود. به این بیان که، اگر فروشنده مبیع را سر وعده تسلیم نکند، از نظر تخلف از مفاد قرارداد مرتکب اهمال و تقصیر شده است، ولی این تقصیر وضع او را از حکومت مادهٔ ۳۸۷ خارج نمی‌سازد.

در این فرض، فروشنده به تعهد خود دربارهٔ تسلیم مبیع وفا نکرده است و باید زیان‌های ناشی از آن را جبران کند، و برای مثال، بدل منافعی که از خریدار تلف شده است بپردازد، (مادهٔ ۲۲۶ ق.م.)، لیکن گذشتن موعد به تنهایی فروشنده را در حکم

غاصب نمی‌کند (مواد ۶۱۶، ۶۳۱ و ۳۱۰ ق.م.). او مسؤول زیان‌هایی است که در نتیجهٔ اهمال و تقصیر بر خریدار وارد می‌شود و نسبت به زیان‌های خارجی ضمانی ندارد. بنابراین، در فرض ما، که مبیع در اثر حادثهٔ خارجی تلف شده است، تنها ضمان معاوضی به عهدهٔ او است و تعارضی بین این التزام قراردادی و ضمان قهری به وجود نمی‌آید.

۱۰۷. اثر تقصیر فروشنده :

باید دید، هرگاه فروشنده پس از مطالبهٔ خریدار از تسلیم مبیع خودداری یا وجود آن را نزد خود انکار کند یا در نگاهداری مبیع مرتکب تعدی و تفریط شود و در چنین وضعی مبیع در اثر حوادث خارجی دیگر از بین برود، آیا ضمانی که به عهدهٔ او است همچنان ضمان معاوضی است، یا بر طبق قواعد مربوط به غصب و الزام‌های خارج از قرارداد باید مثل یا قیمت مبیع را بپردازد؟

در این فرض، وضع حقوقی فروشنده دو چهره دارد: ۱) بر مبنای ضمان معاوضی مسؤول پرداخت ثمن به دلیل انفساخ بیع است ۲) بر پایهٔ تقصیر و تبدیل وضع امانی او به غاصب مسؤول پرداخت مثل یا قیمت مبیع تلف شده است.

پس، خریدار می‌تواند یکی از دو مبنا را برای جبران خسارت خود برگزیند: یا بر پایهٔ ضمان معاوضی و انفساخ بیع ثمن را پس بگیرد، یا بر مبنای ضمان قهری مثل یا بهای مبیع تلف شده را مطالبه کند. زیرا، هیچ مانعی ندارد که برای استیفاء حقی دو راه مناسب در اختیار صاحب آن قرار گیرد؛ چنان که در خیار عیب نیز خریدار می‌تواند با فسخ بیع ثمن را مطالبه کند یا از فروشنده ارش بگیرد[1].

۱۰۸. تلف مبیع به وسیلهٔ فروشنده :

چنان که گفته شد، از مادهٔ ۳۸۷ بر می‌آید و مادهٔ ۴۸۳ ق.م. در اجاره نیز آن را تأیید می‌کند، انفساخ عقد ناظر به موردی است که مبیع در اثر حوادث قهری و خارجی تلف

۱. در مورد جمع دو عنوان مسؤولیت قراردادی و قهری و امکان استناد به یکی از دو مبنا، رک. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، مسؤولیت مدنی، ج ۱، ش ۴۸ به بعد (چاپ تجدیدنظر شده).

شود؛ یعنی ناظر به مورد تلف مبیع است نه اتلاف آن. به همین جهت است که در مادهٔ ۳۸۷ قید «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع» آمده است. بنابراین، اگر فروشنده مبیع را به عمد یا در اثر تقصیر تلف کند یا سبب تلف آن شود، ضامن مثل یا قیمت آن است: یعنی ضمان او در این حالت ضمان قهری است نه معاوضی. عقد بیع باقی می‌ماند، و فروشنده مانند کسی که مال دیگری را از بین برده است زیان‌های وارد شده را جبران می‌کند.

در این که آیا خریدار حق دارد که در این فرض عقد را به دلیل «تعذر تسلیم» فسخ کند و ثمن را پس بگیرد، یا فقط حق مطالبهٔ مثل یا قیمت را دارد، اختلاف است: اکثر نویسندگان عقیده دارند که خریدار در این فرض می‌تواند یا عقد را فسخ و ثمن را بگیرد یا آن را باقی گذارد و از فروشنده خسارت بخواهد[1]. ولی بعضی ایراد کرده‌اند که اختیار فسخ بیع با قاعدهٔ لزوم قراردادها منافات دارد، و چون ضرر خریدار به وسیلهٔ رجوع او به مثل یا قیمت مبیع جبران می‌شود، دیگر دلیلی برای امکان فسخ عقد وجود ندارد[2]. قانون مدنی از اختیار فسخ نامی نبرده و ممکن است سکوت قانونگذار چنین تعبیر شود که خریدار حق فسخ ندارد و تنها می‌تواند برای گرفتن مثل یا قیمت مبیع به فروشنده رجوع کند[3].

با وجود این، به نظر می‌رسد که دادن حق فسخ به خریدار با مبنای توافق طرفین و عدالت معاوضی سازگارتر باشد. بیگمان در هر قرارداد به طور ضمنی این شرط وجود دارد که طرفین باید با حسن نیت در اجرای تعهدات خود بکوشند. در عقد بیع نیز، فروشنده وظیفه دارد که مبیع را مانند امینی دلسوز نگهداری کند تا به خریدار تسلیم شود. مفاد این شرط ضمنی را هرکس می‌تواند در وجدان خود احساس کند، هرچند که در متن قرارداد نیامده باشد. پس، هرگاه فروشنده مفاد شرط را رعایت نکند و مبیع را به عمد از بین ببرد یا تقصیری مرتکب شود که

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۴ ـ محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۱۵۲ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱، در بیع (احکام قبض) ـ شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ سربی، ج ۲، ص ۵۲۶؛ مسالک‌الافهام، ج ۱، کتاب بیع، ص ۱۸۲ ـ سید محمد تقی بحرالعلوم، حاشیه بر بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۷۴ که این قول را بعید ندانسته است.

۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۱۲۰ و ۱۳۸.

۳. دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۶۴.

سبب تلف آن شود، خریدار حق دارد به عنوان «تخلف از شرط» عقد را فسخ کند.

به طور خلاصه، در موردی که مبیع به وسیلهٔ فروشنده تلف شده است، عقد منفسخ نمی‌شود ولی خریدار می‌تواند، یا عقد را به استناد خیار تخلف از شرط فسخ کند، یا با حفظ عقد جبران خسارت خود را از بابت تلف مبیع از فروشنده بخواهد.

۱۰۹. تلف مبیع به وسیلهٔ دیگری :

بسیاری از نویسندگان تلف مبیع به وسیلهٔ فروشنده و اشخاص ثالث را تابع یک حکم شمرده و در هر دو مورد انفساخ عقد را نپذیرفته‌اند[۱]، ولی این دو فرض را نباید یکسان پنداشت. زیرا، در مورد اتلاف مبیع به وسیلهٔ فروشنده، عدم انحلال عقد را می‌توان مستند به آثار تراضی کرد، ولی دربارهٔ اشخاص ثالث این توجیه امکان ندارد.

وانگهی، در مورد فروشنده، قانونگذار با افزودن قید «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع» اتلاف او را از قلمرو مادهٔ ۳۸۷ خارج ساخته است، در حالی که نسبت به اشخاص ثالث سکوت کرده و این احتمال را به وجود آورده است که در نظر او تلف مبیع در اثر حادثهٔ خارجی موجب انفساخ عقد است، خواه این حادثه طبیعی باشد یا شخص خارجی آن را به وجود آورد.

با وجود این، اختصاص یافتن قاعدهٔ تلف مبیع به موردی که حادثه طبیعی و خارجی باشد، در فقه چندان شهرت یافته است که می‌توان گفت مبنای تاریخی مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی نیز همین نظر است. بنابراین، هرچند که قول به انفساخ نیز قوی است، پیروی از نظر مشهور ترجیح دارد و باید گفت، در چنین حالتی، خریدار حق دارد که بیع را به علت تخلف از شرط فسخ کند یا خسارت خود را از ثالث بخواهد. مفاد مادهٔ ۴۸۸ در مورد اجاره نیز می‌تواند مؤید همین نظر باشد.

تفاوت نظریهٔ مشهور و آنچه را که احتمال دادیم در این است که، بر مبنای نظر آنان، چون عقد منفسخ نمی‌شود، ثالث مال خریدار را تلف کرده است و در برابر او مسؤولیت

۱. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۱۴ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱۱، در بیع، احکام قبض ـ میرزای نائینی، منیةالطالب، ج ۲، ص ۱۸۸.

دارد. ولی، هرگاه انفساخ عقد پذیرفته شود، خریدار ثمنی را که به فروشنده داده است پس می‌گیرد و فروشنده برای جبران خسارت خود به ثالث رجوع می‌کند. ولی، در هر دو صورت، مسؤولیت تلف مال سرانجام به عهدهٔ ثالث است و ضرر فروشنده یا خریدار جبران نشده باقی نمی‌ماند. این نکته را نیز باید افزود که همهٔ گفتگوها ناظر به موردی است که تلف کنندهٔ مال معین و خسارت از او قابل مطالبه باشد، وگرنه سرقت مال یا مصادرهٔ آن از طرف دولت در حکم حادثهٔ خارجی و موجب انفساخ عقد است.

۱۱۰. تلف مبیع به وسیلهٔ خریدار :

در صورتی که مبیع به وسیلهٔ خریدار تلف شود، در حکم این است که در لحظهٔ اتلاف بر مبیع مستولی شده و خود آن را از بین برده است. بنابراین، در اثر تلف، ضمان معاوضی نیز به خریدار منتقل می‌شود و از این رهگذر لطمه‌ای به نفوذ عقد نمی‌خورد. مادهٔ ۳۸۹ قانون مدنی نیز در تأیید همین نظر مقرر می‌دارد: «**اگر در مورد دو مادهٔ فوق تلف شدن مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند.**»

اجرای این حکم در صورتی که خریدار بداند که مبیع را تلف می‌کند، با هیچ مشکلی روبرو نیست. ولی، جایی که او ندانسته و بدین گمان که مال دیگری است آن را از بین ببرد، به ویژه در حالتی که فروشنده او را فریب دهد، ادعای این که خریدار بدین وسیله مبیع را قبض کرده است منصفانه به نظر نمی‌رسد. فرض کنیم میوه‌فروشی مقداری سیب بفروشد و خریدار را به خانهٔ خود دعوت کند و همان سیب‌ها را به عنوان پذیرایی نزد او گذارد، آیا خوردن آنها در حکم قبض مبیع است و تلف باید از مال خریدار باشد؟[1]

در پاسخ می‌توان گفت، در جایی که فروشنده قصد فریب خریدار را دارد، چون سبب تلف اقوا از مباشر آن است (مادهٔ ۳۳۲ قانون مدنی)، در واقع فروشنده مبیع را از بین برده و قضیه تابع فرض پیشین است. ولی، در موردی که هر دو حقیقت را نمی‌دانند و

۱. به نظر علامهٔ حلی در چنین موردی قبض انجام نشده و فروشنده مبیع را تلف کرده است (تذکره، ج ۱، کتاب بیع) ـ همچنین رجوع شود به: بلغة الفقیه، ص ۱۷۵.

خریدار بدون توجه مبیع را تلف می‌کند، باید آن را در حکم قبض به شمار آورد. زیرا، گفته شد که قبض یا تسلیم عمل حقوقی مستقل نیست و لزومی ندارد که با اراده انجام پذیرد. قبض وسیله‌ای است تا مبیع در اختیار مشتری قرار گیرد و این وسیله با تلف مبیع تحقق می‌پذیرد، خواه تلف به عمد باشد یا در اثر خطا.

همچنین است موردی که فروشنده برای تسلیم به خریدار رجوع کند و در اثر امتناع او ناچار مبیع را به حاکم یا قائم مقام او بدهد. زیرا، در این حالت حاکم نمایندهٔ قانونی ممتنع است (الحاکم ولیّ الممتنع) و تسلیم به او در حکم قبض خریدار است (بخش اخیر مادهٔ ۳۸۷ ق.م.).

۱۱۱. تلف بعض از مبیع :

در موردی که مبیع پیش از تسلیم ناقص می‌شود، یعنی پاره‌ای از آن از بین می‌رود، باید بین دو فرض تفاوت گذارد:

۱. حالتی که پارهٔ تلف شده اصالت دارد و، در مبادله، سهمی از ثمن در برابر آن قرار گرفته است: مانند این که لوازم یدکی یخچال یا اتومبیل تلف شود، یا ۵ کیسه از ۱۰ کیسه برنجی که فروخته شده است از بین برود. در این حالت، عقد به اعتبار اجزای مبیع به دو عقد تحلیل می‌شود: عقدی که ناظر به بخش تلف شده است، بر طبق قاعدهٔ کلی منفسخ و ثمن به خریدار باز می‌گردد. نسبت به بخش دیگر، عقد درست است، ولی خریدار می‌تواند، به استناد خیار تبعّض صفقه این جزء عقد را نیز فسخ کند و با دادن مبیع ناقص تمام ثمن را پس بگیرد.

۲. حالتی که مبیع تجزیه‌ناپذیر است و بخشی که تلف شده سبب نقص آن می‌شود، بدون اینکه جزئی از ثمن را به خود اختصاص دهد. در این مورد، انفساخ عقد امکان ندارد. زیرا، در دید عرف نمی‌توان گفت که تمام مبیع یا بخشی از آن تلف شده است. مبیع باقی است، ولی ناقص است. در ارادهٔ دو طرف نیز سهمی از ثمن در برابر «وصف کمال» پرداخته نمی‌شود تا بتوان ادعا کرد که به همان نسبت تعهد خریدار از بین می‌رود. بنابراین، چاره‌ای جز فسخ عقد باقی نمی‌ماند. این است که مادهٔ ۳۸۸ ق. م. می‌گوید:

«اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود، مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ نماید.»[1]

۱۱۲. تلف نماآت مبیع :

گفته شد که به محض وقوع بیع، مبیع به خریدار منتقل می‌شود و تا زمان تلف در ملک او است. بنابراین، نماآت حاصل از مبیع در فاصلهٔ عقد و تلف مال خریدار است. حال باید دید، اگر این نماآت پیش از تسلیم تلف شود، آیا فروشنده در هر صورت ضامن است یا مسؤولیت او ویژهٔ موردی است که در نگاهداری از آنها تقصیر کرده باشد؟ به بیان دیگر، آیا تلف نماآت نیز تابع اصل مبیع و مشمول مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی است، یا مسؤولیت فروشنده در حدود امین است؟

گفته شد که مبنای انفساخ عقد در مورد تلف مبیع رابطهٔ همبستگی است که ارادهٔ طرفین بین دو عوض ایجاد کرده. عدالت معاوضی نیز ایجاد می‌کند که انحلال یکی از دوتعهد باعث از بین رفتن تعهد متقابل آن شود. بنابراین، حکم مادهٔ ۳۸۷ ویژهٔ مبیع و ثمن، یعنی دو عوض مبادله شده است و در مورد منافع ایجاد شدهٔ از آنها اجرا نمی‌شود. نماآت به طور مستقل موضوع مبادله قرار نگرفته تا انتقال ضمان معاوضی دربارهٔ آن قابل طرح باشد.

نماء منفصل مبیع به تابعیت از اصل آن در ملک خریدار به وجود می‌آید، ولی در دست بایع امانت است. پس، هرگاه بدون تعدی و تفریط تلف شود، از مال خریدار و به حساب او خواهد بود.

فروشنده ضامن زیان‌های ناشی از تقصیر خویش است، این مسؤولیت نیز ریشهٔ قراردادی ندارد و تابع قواعد کلی اتلاف و تسبیب در قانون مدنی است.

۱. برای دیدن تفاوت عیب و نقص و امکان تداخل این دو مفهوم، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۴۸.

مبحث سوم: تأدیهٔ ثمن

گفتار نخست: الزام خریدار

۱۱۳. الزام به پرداختن ثمن:

در عقد بیع، ثمن با مبیع مبادله می‌شود. پس منطقی است، همان‌گونه که بایع ملزم به تسلیم مبیع می‌شود، مشتری نیز ملزم به پرداختن ثمن گردد (بند ۴ از مادهٔ ۳۶۲ قانون مدنی). بنابراین، فروشنده می‌تواند اجرای این تعهد را از دادگاه بخواهد. ولی، برخلاف آنچه در حقوق فرانسه مقرر شده است، تأخیر در پرداختن ثمن به فروشنده حق فسخ بیع را نمی‌دهد، مگر در مورد خیار تفلیس و تأخیر ثمن. از حق حبس نیز فروشنده می‌تواند استفاده کند و تسلیم مبیع را موکول به تأدیهٔ ثمن سازد، ولی تسلیم مبیع را نمی‌توان به عنوان دلیل پرداختن ثمن مورد استناد قرار داد.

۱۱۴. زمان و مکان تأدیه:

خریدار و فروشنده می‌توانند موعد پرداختن ثمن و محل آن را آزادانه معین کنند. چنان که مادهٔ ۳۹۴ قانون مدنی می‌گوید: «**مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع مقرر شده است تأدیه نماید.**» ولی، این اختیار همهٔ اشکال را از بین نمی‌برد، زیرا در بسیاری موارد دو طرف در این باره هیچ نمی‌گویند و دادرس باید زمان و مکان تأدیه را معین سازد.

در مواردی که عرف مسلم وجود دارد، دادگاه باید آن را محترم شمارد. زیرا، سکوت در برابر عرف نشانهٔ آن است که دو طرف خواسته‌اند حکم آن را بپذیرند (مادهٔ ۲۲۰ قانون مدنی). ولی باید دید، اگر در عرف نیز حکمی وجود نداشت، ثمن در کجا و کی باید پرداخته شود؟

در صورتی که موعدی برای پرداختن ثمن معین نشود، خریدار باید آن را به نقد بپردازد (مستفاد از بند ۳ مادهٔ ۴۹۰ ق.م.).

در جایی که بیع نسیه است، ترتیب پرداختن ثمن و اقساط آن را دو طرف معین می‌سازند. ولی، چون فرض این است که مهلت و اقساط به سود خریدار مقرر شده، او می‌تواند از این امتیاز بگذرد و ثمن را نقد بپردازد. محل تأدیه نیز بر طبق مادهٔ ۲۸۰ قانون مدنی محل وقوع عقد است «مگر اینکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید.»

گفتار دوم : فسخ قرارداد

الف : خیار تأخیر در پرداخت ثمن

۱۱۵. شرایط ایجاد خیار :

علاوه بر امکان اجبار خریدار و استفاده از حق حبس، فروشنده می‌تواند، به دلیل تأخیر مشتری در پرداخت ثمن و با رعایت شرایط خاص، عقد بیع را فسخ کند. این حق را در اصطلاح «خیار تأخیر ثمن» می‌نامند و مادهٔ ۴۰۲ قانون مدنی، در بیان شرایط ایجاد آن، می‌گوید: «*هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیهٔ ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله می‌شود.*» بنابراین، خیار تأخیر ثمن با جمع شدن این شرایط به وجود می‌آید:

۱. **مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد:** در موردی که خریدار و فروشنده هر دو از اجرای تعهد خویش سر باز می‌زنند، فروشنده در وضع خطرناکی قرار می‌گیرد که ادامهٔ آن عادلانه به نظر نمی‌رسد: از یک سو، خریدار مالک منافع مبیع است و اگر هم

تلف شود از پرداختن ثمن معاف خواهد شد، و از سوی دیگر، ضمان معاوضی بر عهدهٔ فروشنده باقی مانده است و او با تلف مبیع، نه تنها مال خود را از دست می‌دهد و در برابر هیچ چیز نمی‌تواند بگیرد، باید نماآت مبیع را نیز به خریدار بدهد. گرفتن ربح پول نیز در حقوق ما اصولاً مباح نیست، به ویژه در این مورد،که خریدار از حق حبس استفاده می‌کند. پس چه باید کرد؟ انصاف حکم می‌کند که فروشنده بتواند با بر هم زدن بیع به این وضع پایان دهد. ولی، چون ملکیت منافع مبیع برای خریدار و لزوم نگهداری آن و تهدید راجع به ضمان معاوضی همه در موردی است که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد، قانونگذار حق بر هم زدن عقد را ویژهٔ همین مورد ساخته و آن را اختصاص به فروشنده داده است (مادهٔ ۴۰۶ ق.م.).

۲. **تأدیهٔ ثمن و تسلیم مبیع مؤجل نباشد:** زیرا در این مورد حق حبس وجود ندارد و گروکشی مبیع و ثمن، به گونه‌ای که تحلیل شد، ممکن نیست.

۳. **تسلیم مبیع و ثمن هیچ کدام انجام نشده باشد:** زیرا، تسلیم یکی از آن دو، حق حبس دیگری را از بین می‌برد. آن که متخلف است باید به ایفای عهد اجبار شود و هیچ موجبی برای فسخ عقد وجود ندارد. منتها، تسلیم باید کامل باشد تا خیار فروشنده را از بین ببرد. «**تسلیم بعض ثمن یا دادن آن به کسی که حق قبض ندارد خیار بایع را ساقط نمی‌کند**» (مادهٔ ۴۰۷ ق.م.).

ضرورتی ندارد که تأدیهٔ ثمن به طور مستقیم و با پرداختن پول به فروشنده انجام شود؛ به هر ترتیب دیگر که خریدار بتواند موجبات برائت ذمهٔ خویش را فراهم سازد کافی است.

این است که مادهٔ ۴۰۸ قانون مدنی می‌گوید: «**اگر مشتری برای ثمن ضامن بدهد یا بایع ثمن را حواله دهد، بعد از تحقق حواله، خیار تأخیر ساقط می‌شود**».

نکتهٔ دیگری که باید افزود این است که، با قبض مبیع، خیار فروشنده ساقط می‌شود «**اگر چه ثانیاً به نحوی از انحاء مبیع به بایع و ثمن به مشتری برگشته باشد.**» (مادهٔ ۴۰۴ ق.م.).

۴. **باید سه روز از تاریخ بیع بگذرد** و در این مدت هیچ یک از دو طرف آنچه راکه به عهده دارد تسلیم نکند، خواه دلیل تسلیم نکردن ارادی یا اضطراری و موجه یا با تقصیر

باشد. با وجود این، در کالاهایی که در اثر ماندن فاسد می‌شود، «*ابتداء خیار از زمانی است که مبیع مشرف به فساد یا کسر قیمت می‌گردد*» (مادهٔ ۴۰۹ ق.م.). پاره‌ای از فقیهان خیار فسخ را در مورد اشیای فاسد شدنی جداگانه مطرح و آن را خیار «مایُفسدِلیومه» نامیده‌اند[1]، ولی قانون مدنی آن را از توابع «خیار تأخیر ثمن» قرار داده است.

۱۱۶. مهلت استفاده از خیار تأخیر ثمن :

در قانون مدنی تصریح نشده است که استفاده از خیار تأخیر ثمن باید فوری باشد. بنابراین، نمی‌توان در اثر گذشتن مدتی که به حکم عرف برای اندیشیدن و اعمال خیار لازم است آن را ساقط شده پنداشت، مگر این که مدت چندان به درازا کشد یا همراه با قراینی شود که بتوان ارادهٔ فروشنده را بر انصراف از آن استنباط کرد. خیار تأخیر ثمن از حقوق فروشنده است و می‌تواند از آن، به طور صریح یا ضمنی، صرفنظر کند. پس، هر کاری که نشان دهندهٔ تمایل او به التزام به بیع و انصراف از خیار باشد، باعث سقوط خیار می‌شود، و با دادرس است که گذشتن چه مدتی را برای احراز این تصمیم کافی بداند. مادهٔ ۴۰۳ قانون مدنی، به عنوان مثال، یکی از موارد انصراف ضمنی از خیار را نام می‌برد. به موجب این ماده: «اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبهٔ ثمن نماید و به قرائن معلوم گردد که مقصود التزام به بیع بوده است خیار او ساقط خواهد شد».

۱۱۷. اثر تادیهٔ ثمن پیش از اعمال حق خیار :

موردی را در نظر می‌گیریم که، پس از گذشتن سه روز از تاریخ بیع، خیار تأخیر ثمن برای فروشنده به وجود آمده، ولی او هنوز به دلیلی از این حق استفاده نکرده است. در این هنگام، خریدار ثمن را آمادهٔ تسلیم می‌کند و مراتب را به فروشنده اعلام می‌دارد. پس، این مسأله طرح می‌شود که، آیا در این فرض فروشنده می‌تواند، به این استناد که حق بر هم زدن عقد برای او ایجاد شده است و آمادگی بعدی خریدار نمی‌تواند این حق را از بین ببرد، عقد را به دلیل تأخیر

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ سربی، نجف، ج ۳، ص ۴۵۹.

در پرداختن ثمن فسخ کند، یا باید گفت، اکنون که فروشنده از وضع ناهنجار گذشته بیرون آمده است و می‌تواند ثمن را بدون تحمل هیچ ضرری بگیرد، فسخ عقد مجوزی ندارد؟

نویسندگان حقوقی در پاسخ این سؤال اختلاف نظر دارند: گروهی سقوط خیار را ترجیح داده‌اند[۱] و جمعی بقای آن را درست دیده‌اند[۲] و بعضی نیز هر دو احتمال را داده‌اند[۳]. ولی دلایل گروه نخست به نظر قوی‌تر می‌رسد. اختیار فسخ معامله بدین خاطر است که از فروشنده دفع ضرر شود و عدالت بین او و خریدار استقرار یابد. در موردی که خریدار ثمن را به او عرضه می‌کند، وضعی که مبنای خیار بوده پایان می‌پذیرد. پس، چرا باید به فروشنده اجازه داد که بیهوده پیمانی را که بسته از هم بگسلد؟ درست است که، با سپری شدن سه روز از تاریخ عقد، حق برای او ایجاد شده، ولی هر حق مبنا و هدفی دارد که تنها در حدود آنها قابل اجرا است. فروشنده اکنون هیچ ضرری را با فسخ عقد از بین نمی‌برد و فقط حربه‌ای به دست آورده است تا بتواند آنچه می‌خواهد بکند، در حالی که بر هم زدن عقد همیشه به عنوان آخرین دارو و بد ضروری به کار می‌رود.

مادهٔ ۴۷۸ قانون مدنی در مورد خیار عیب در اجاره همین راه حل را پذیرفته است و می‌گوید: «... ولی اگر موجر رفع عیب کند، به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد...»[۴].

ب : *خیار تفلیس*

۱۱۸. اثر ناتوانی خریدار در تأدیهٔ ثمن؛ حکم مادهٔ ۳۸۰:

به موجب مادهٔ ۳۸۰ قانون مدنی: «در صورتی که مشتری مفلّس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد، و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱، خیار تأخیر ثمن ـ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۴۷ که این نظر را خالی از قوت ندانسته است.

۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۱۱۴ ـ سید محمد کاظم یزدی، حاشیهٔ مکاسب، چاپ سربی، ج ۲، ص ۱۱۵ و ۱۱۶ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۴۸۴.

۳. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۴۵۸؛ مسالک، ج ۱، ص ۱۸۰.

۴. مادهٔ ۴۲۱ ق.م. در مورد غبن راه حل مخالف را برگزیده است.

می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.» بخش دوم این ماده چهرهٔ خاصی از حق حبس را پیش‌بینی کرده است؛ موردی که خریدار توانایی تأدیهٔ ثمن را ندارد و نمی‌تواند به تعهد خود وفا کند. گفته شد چهرهٔ خاصی از حق حبس، زیرا در این مورد تأخیر در تأدیه ارادی نیست و در این عمل متقابل نمی‌توان فروشنده را برای مدت نامعلومی به انتظار گذاشت. پس، معنی خودداری از تسلیم، در این حالت، بر هم زدن عقد و معاف شدن از اجرای تعهد است.

همین اختیار را در فقه «خیار تفلیس» می‌نامند و پاره‌ای از استادان حقوق مدنی نیز آن را در زمرهٔ خیارات آورده‌اند[1].

در بخش اول ماده، به فروشنده حق داده شده است که مبیع تسلیم شده را پس بگیرد، یعنی بیعی را که با تسلیم مبیع پایان پذیرفته است بر هم زند و مال خود را پس بگیرد. بنابراین، مفاد این حکم نیز، جز با شناختن خیار فسخ برای فروشنده به دلیل تفلیس خریدار، امکان ندارد و مشمول «خیار تفلیس» است.

۱۱۹. تعریف تفلیس :

تفلیس عبارت از ممنوع ساختن مدیون از تصرف در دارایی خویش است، شبیه حکم توقف که در حقوق کنونی برای تاجر ورشکسته صادر می‌شود[2]. مُفَلّس (بر وزن مثلث) کسی است که اموالش کفاف پرداختن دیون او را نمی‌دهد و به درخواست طلبکاران حاکم او را ممنوع از تصرف در اموال خودکرده است و نباید آن را با مُفلِس (بر وزن معسر) که به فقیر و ندار گفته می‌شود اشتباه کرد[3].

در مادهٔ ۳۸۰ اشاره‌ای به لزوم کلی بودن ثمن نشده، ولی سکوت قانونگذار به دلیل این است که به طور مرسوم ثمن به صورت پول و کلی است و به ندرت اتفاق می‌افتد که عین معین باشد. به هر حال، بدیهی است که هرگاه ثمن معین باشد، فسخ معامله و استرداد مبیع امکان ندارد. زیرا ثمن معین در اثر عقد به ملکیت فروشنده در می‌آید و باید به او تسلیم شود و افلاس دربارهٔ آن مفهومی ندارد.

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۵۲۷.
۲. قد یطلق التفلیس علی حجر الحاکم علی المفلس کمایقال فلسه القاضی (جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۳۵۵).
۳. محقق، شرایع، کتاب مفلس.

مبحث چهارم: ضمان درک و عیوب پنهانی مبیع

گفتار نخست: ضمان درک

الف: مبنا و قلمرو ضمان

۱۲۰. مفهوم این ضمان:

واژهٔ «دَرَک» در لغت به معنی قعر شییء و لحوق (ضمیمه شدن و تابع گردیدن) آمده است. ولی، در اصطلاح حقوقی، مقصود از درک مبیع این است که مورد معامله متعلق به شخص دیگری غیر از فروشنده درآید. «ضمان» نیز در این ترکیب به معنی «ضمان معاوضی» است، بدین ترتیب که، هرگاه مبیع از آن دیگری باشد، فروشنده ضامن است پولی را که بابت ثمن چنین کالایی گرفته است به خریدار پس بدهد: چنان که بخش اول مادهٔ ۳۹۱ قانون مدنی می‌گوید: «در صورت مستحق‌للغیر درآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد...».

۱۲۱. مبنای ضمان:

قانونگذار، به تقلید از مادهٔ ۱۶۰۳ قانون مدنی فرانسه، ضمان درک را از آثار بیع صحیح و ریشهٔ آن را قراردادی می‌داند. ولی، در مفاد و آثار این ضمان، به شیوهٔ مرسوم خود، از حقوق اسلام پیروی می‌کند و احکام ویژهٔ قانون فرانسه در ضمان فروشنده را در

قانون مدنی نیاورده است.

در حقوق فرانسه، پس از این که بیع در زمرهٔ عقود تملیکی در آمد و از نظام حقوق رم جدا شد، تکلیف مربوط به فراهم ساختن تصرف بی‌مزاحم خریدار بدین صورت باقی ماند که عقد بیع فروشنده را ضامن محروم شدن خریدار از تملک مبیع و عیوب مخفی در آن قرارداد[۱].

بنابراین، در نظام حقوق فرانسه، وقتی گفته می‌شود که یکی از آثار بیع درست این است که فروشنده را ضامن محروم ماندن خریدار از تملّک مبیع می‌سازد، ادعای درستی است. ولی، در حقوق ما، آثار ضمان فروشنده بدین وسعت پذیرفته نشده و تنها مستحق‌للغیر بودن را سبب استحقاق خریدار به گرفتن ثمن شناخته‌اند.

در قانون مدنی، فروشنده ضامن درک مبیع است، یعنی اگر مبیع از آن دیگری باشد، او باید ثمن را به خریدار پس بدهد. این حکم نتیجهٔ بیع درست نیست و نباید آن را در زمرهٔ آثار عقد آورد. زیرا، اگر مبیع ملک دیگری باشد عقد درست نیست و اگر عقد درست باشد مبیع نمی‌تواند ملک دیگری فرض شود. حق این بود که قانون مدنی ضمان درک را نتیجهٔ فساد معامله و ناشی از حکم قانون بداند نه از آثار بیع درست. در واقع، هرگاه بیع باطل باشد، چون هیچ اثری در تملک ندارد، ثمن بدون استحقاق در دست فروشنده باقی می‌ماند و او ملزم است آن را به صاحبش برگرداند. این الزام، در هر مورد که کسی بدون مجوز قانونی بر مال دیگری سلطه پیدا می‌کند، ایجاد می‌شود و نوعی ضمان قهری است: پس، به طور خلاصه، در تعریف ضمان درک می‌توان گفت: «الزام به بازگرداندن ثمنی است که فروشنده، به دلیل تعلق مبیع به دیگران، استحقاق گرفتن آن را نداشته است.»

۱۲۲. قلمرو ضمان دَرَک :

در حقوق ما، ضمان درک ویژهٔ موردی است که مبیع یا جزئی از آن ملک دیگری درآید و او معامله را تنفیذ نکند. اگر شخص ثالث حق انتفاع یا ارتفاق بر مبیع داشته

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۹۵۲ به بعد.

باشد، بیع باطل نیست و فروشنده نیز خود به خود تکلیفی در رد ثمن ندارد. در چنین حالتی خریدار می‌تواند، در صورتی که آگاه بر وجود حق نباشد، بیع را فسخ کند؛ چنانکه مادهٔ ۵۳ قانون مدنی در مورد حق انتفاع می‌گوید: «انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود، ولی اگر منتقل‌الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.» و می‌توان حکم آن را در مورد حق ارتفاق نیز، که از حیث محدود ساختن حق مالکیت با انتفاع شباهت دارد، اجرا کرد.

برای سازگار کردن این وضع با احکام عمومی «ضمان درک» می‌توان چنین تحلیل کرد که حق انتفاع و ارتفاق شاخه‌ای از حق مالکیت است. در صورتی که مالک تمام حق مالکیت را به دیگری منتقل سازد، این انتقال در مورد حق انتفاع و ارتفاق درست نیست و اثر ندارد؛ ولی خریدار می‌تواند، در صورتی که از آن آگاه نبوده است، بیع را فسخ کند.

۱۲۳. ضمان درک ویژهٔ عین معین است :

ضمان فروشنده نسبت به ردّ ثمن، ویژهٔ موردی است که موضوع معامله عین خارجی باشد. باید آنچه به خریدار تملیک شده است مال دیگری نباشد. ولی، در مورد کلی، چون تملیک در اثر عقد تحقق خارجی نمی‌یابد، نمی‌توان تصور حالتی را کرد که معامله به مال غیر انجام شده است. تنها اشکالی که ممکن است به ذهن برسد، صورتی است که فروشندهٔ کلی مال دیگری را به عنوان فردی از مبیع انتخاب کند و به خریدار بدهد. ولی این توهم را نیز می‌توان دفع کرد. انتخاب و تسلیم مبیع تملیک جداگانه و مستقلی نیست تا بتوان ادعا کرد که فروشنده مال دیگری را فروخته است.

انتخاب مبیع دنبالهٔ تعهدی است که فروشنده ضمن عقد پیدا کرده است تا از راه مشروع به گونه‌ای که مالکیت خریدار را باعث شود انجام دهد. پس، اگر مال دیگری را غصب و به عنوان موضوع تعهد به خریدار بدهد، به درستی وفای به عهد نکرده است و خریدار می‌تواند الزام او را در انتخاب فردی که قابل تملک برای خریدار باشد از دادگاه بخواهد.

ب : آثار و اجرای ضمان

۱۲۴. رابطهٔ بین خریدار و فروشنده :

چگونگی این ضمان را باید در موردی که خریدار از فساد معامله اطلاع دارد و حالتی که مورد معامله را ملک فروشنده می‌پندارد جداگانه بررسی کرد :

۱. در حالت نخست،که خریدار به فساد معامله آگاه است و می‌داند که مال دیگری را از فروشنده می‌خرد، اگر مالک مورد معامله را از او بگیرد، او تنها می‌تواند آنچه را به عنوان ثمن به فروشنده پرداخته است پس بگیرد. ولی، زیان‌هایی که در نتیجهٔ بر هم خوردنِ معامله تحمل کرده نتیجهٔ کار نامشروع خود او است و از این بابت حق رجوع به فروشنده را ندارد.

در موردی هم که تنها بخشی از مبیع از آن دیگری بوده است، مبیع تنها نسبت به همان بخش باطل است. پس، باید دید این بخش چه اندازه از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد و چه مبلغ از آن را فروشنده بدون داشتن حق گرفته است. مادهٔ ۴۴۲ این مشکل را حل کرده است و مقرر می‌دارد: «... **آن قسمت از مبیع که به ملکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قیمت می‌شود و هر نسبتی که بین قیمت مزبور و قیمتی که مجموع مبیع در حال اجتماع دارد پیدا شود به همان نسبت از ثمن را بایع نگاه داشته و بقیه را باید به مشتری رد نماید.**»

۲. در صورت دوم، که خریدار مورد معامله را ملک فروشنده می‌پندارد و او چنین وانمود کرده است که به مال خود معامله می‌کند، محدود ساختن خریدار به پس گرفتن ثمن امکان ندارد. زیرا، اگر در نتیجهٔ رجوع مالک به خریدار زیان هایی به او برسد، همهٔ این زیان‌ها را فروشنده سبب شده است و باید جبران کند. خریدار، نه تنها بابت خرید مورد معامله پولی به فروشنده پرداخته است، امکان دارد که برای تنظیم سند رسمی و دستمزد دلال و نگاهداری مبیع و تهیهٔ ثمن معامله و هزینهٔ دادرسی خساراتی را تحمل کرده یا منافع مسلمی را از دست داده باشد که باید بوسیلهٔ مسبب جبران شود. اثبات جهل فروشنده به واقع نیز از این مسؤولیت نمی‌کاهد.

به اضافه، چون فرض این است که خریدار واقع را نمی‌دانسته و به این گمان که تمام مبیع را از راه مشروع به دست می‌آورد حاضر به معامله شده است، هرگاه بخشی از مبیع به دیگری تعلق داشته باشد، علاوه بر تقسیط ثمن، حق دارد تمام بیع را فسخ کند (خیار تبعض صفقه، مادهٔ ۴۴۱ ق.م.).

باید افزود که، اگر به دلیلی در زمان رجوع خریدار به فروشنده قیمت مبیع کمتر از زمان معامله باشد، این نقصان از ضمان فروشنده نمی‌کاهد و او در هر حال باید پولی را که بابت ثمن گرفته است پس بدهد (مادهٔ ۳۹۲ ق.م.) و در این ضمان علم و جهل خریدار به فساد معامله اثر ندارد.

۱۲۵. رابطهٔ خریدار و مالک :

اجرای ضمان درک در رابطهٔ خریدار و مالک هنگامی مطرح می‌شود که کار خریدار بر بهای مورد معامله بیفزاید و مالک با رجوع به او بخواهد آن را بگیرد. در این فرض، باید دید آیا این کار ارزش حقوقی ندارد و چون بر مال دیگری انجام شده محترم نیست؟ آیا وضع حقوقی کسی که مال غیر را با حسن نیت و بدین گمان که فروشنده مالک واقعی است خریده، با آن که در تصرف نامشروع با فروشنده تبانی کرده است، یکسان است و هیچ حسن نیتی نمی‌تواند به حق مالکیت زیان برساند؟

مادهٔ ۳۹۳ قانون مدنی به این پرسش‌ها پاسخ گفته و مقرر داشته است که «راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد مقررات مادهٔ ۳۱۴ مجری خواهد بود.». بدین ترتیب، خریدار در هر حال غاصب است و از بابت کاری که انجام داده نه می‌تواند اجرت بخواهد و نه اضافه قیمتی که از این راه ایجاد شده است به او می‌رسد. اگر زیادتی که در نتیجهٔ کار خریدار به دست آمده است خود وجودی مستقل یافته باشد و عینی جدای از مبیع به شمار آید (مانند میوهٔ درخت و محصول زمین یا مجسمه‌ای که در باغ نصب شده) به او تعلق دارد، وگرنه هر تغییر که قیمت آن را بالا ببرد و متصل به مبیع باشد، بی‌هیچ پاداشی از خریدار گرفته می‌شود و در اختیار مالک قرار می‌گیرد.

این راه حل، به خاطر احترام به حق مالکیت و نکوهش تجاوز و غصب انتخاب شده است، ولی در پاره‌ای موارد، به ویژه در جایی که خریدار ندانسته مال دیگری را می‌خرد، عادلانه نیست،

زیرا سبب می‌شود که مالک بیهوده از دسترنج و هنر خریدار بهره‌مند شود.
برای مثال، اگر پیکرتراشی قطعه سنگ مرمری بخرد و از آن شاهکاری به وجود آورد که از حیث ارزش با بهای سنگ طرف نسبت نباشد و بعد معلوم شود که فروشنده آن را از زمین دیگری و بدون رضای مالک ربوده است، آیا انصاف حکم می‌کند که تندیس را به مالک زمین دهند و هنرمند را محروم سازند؟ و آیا به درستی می‌توان پاسخ داد که چرا حق مالکیت صاحب زمین باید بر حقی که هنرمند بر حاصل کار خود دارد برتر و محترم‌تر باشد؟ و آیا کسی که در نتیجهٔ اعتماد مشروع و متعارف خود به دیگران مالی را می‌خرد با آنکه رفیق دزد و یار غاصب شده برابر است؟

ج: اثر قرارداد (شرط) در مفاد ضمان

۱۲۶. شرط سقوط ضمان :

در تحلیلی که از مبنای ضمان درک شد دیدیم که، برخلاف آنچه مادهٔ ۳۶۲ قانون مدنی اعلام کرده است، ضمان درک از آثار بیع درست نیست؛ نتیجهٔ حکم قانون و نوعی ضمان قهری است. پس، این سؤال مطرح می‌شود که آیا دو طرف قرارداد می‌توانند حکم قانون را در این باب تغییر دهند و بر میزان ضمان فروشنده بیفزایند یا از آن بکاهند؟ و آیا می‌توان ضمان درک را به وسیلهٔ تراضی از بین برد: بدین معنی که، اگر مبیع نیز از آن دیگری باشد، فروشنده ملزم به پس دادن ثمن نشود؟
در درستی شرط سقوط ضمان از چند راه می‌توان تردید کرد که باید جداگانه آنها را مطرح ساخت.

۱۲۷. بطلان شرط به علت بطلان عقد :

ممکن است گفته شود، بیع مالی که به فروشنده تعلق ندارد فاسد است، پس شرطی هم که ضمن عقد فاسدی گنجانیده شود اثر ندارد: در صورتی که مبیع مال دیگری درآید، معلوم می‌شود که عقد از ابتدا باطل بوده است و شرایطی که به عنوان عقد تبعی در آن آمده نافذ نیست و هیچ تغییری در الزام فروشنده به پس دادن ثمن و جبران خسارت خریدار نمی‌دهد.

ولی، باید این نکته را در نظر داشت که دلیل سرایت بطلان عقد اصلی به شرط این فرض است که دو طرف می‌خواهند شرط را تابع عقد و از فروع آن شمارند و معنی «شرط ضمن عقد» ایجاد همین ارتباط میان مفاد شرط و عقد است. ولی، در این فرض، که خریدار و فروشنده مایلند برای حالتی که بیع باطل می‌شود روابط خود را تنظیم کنند و از بار مسؤولیت یکدیگر بکاهند یا بر آن بیفزایند، خود قراردادی است که باید آثار آن مورد مطالعه قرار گیرد. پس، به این بهانه که مفاد شرط ناظر به موردی است که بطلان عقد به اثبات رسیده، نباید از بررسی آثار این گونه شروط غافل ماند[1].

۱۲۸. مخالفت شرط با مقتضای بیع :

در مخالفت شرط سقوط ضمان با مقتضای عقد، ممکن است گفته شود که در عقد بیع خریدار ثمن را به فروشنده می‌دهد تا در برابر آن مبیع را به دست آورد، چراکه قصد مبادله دارد، پس اگر شرط شود که در صورت ممکن نبودن تملک مبیع نیز ثمن از آن فروشنده باشد، این شرط با قصد مبادله منافات دارد و با جوهر بیع سازگار نیست.

ولی، در پاسخ می‌توان گفت: مقتضای بیع مبادله ثمن و مبیع است، و معنی شرط این نیست که مبادله انجام نگیرد. شرط سقوط ضمان پیش‌بینی حالتی را کرده است که این مبادله انجام شدنی نیست و فروشنده بر طبق قاعده باید آنچه را به عنوان ثمن گرفته است پس بدهد. در این حالت، توافق شده است که ثمن از آن فروشنده باشد: یعنی اجرای شرط منوط به صورتی است که ثابت شود عقدی به معنای قانونی خود وقوع نیافته است، پس چه‌گونه می‌توان آن را با مقتضای مبادله و بیع منافی پنداشت؟

دیوان کشور نیز در حکم شمارهٔ ۱۹۱۴ ـ ۱۸/۸/۱۸ شعبهٔ ۴، ضمان درک را جزء مقتضای عقد بیع نشمرده و شرط برخلاف آن را درست دانسته است[2].

۱. سید محمد کاظم یزدی، سؤال و جواب، ج ۱، ص ۱۵۳ (در پاسخ، شرطی را که ضمان درک را دو برابر ثمن قرار داده است و ضمن همان بیع شرط شده نافذ دانسته است).

۲. احمد متین، مجموعهٔ رویهٔ قضایی، قسمت دوم حقوقی، از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰ ص ۷۲ ـ برای دیدن متن رأی و نقد آن، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۶۷.

۱۲۹. مخالفت شرط با قانون :

تردید معقولی که دربارهٔ بطلان شرط ممکن است پیدا شود در زمینهٔ مخالفت آن با قانون است. در آغاز این بحث گفته شد که ضمان درک ریشهٔ قراردادی ندارد و ناشی از عقد بیع نیست و قانون فروشنده‌ای را، که بدون استحقاق ثمن را به اشتباه یا به عمد گرفته است، ملزم به استرداد می‌کند (مادهٔ ۳۰۱ ق.م.). پس، این پرسش به میان می‌آید که آیا خریدار و فروشنده می‌توانند ضمن قرارداد خصوصی، این حکم را از بین ببرند؟ به بیان دیگر، آیا مادهٔ ۳۰۱ قانون مدنی در زمرهٔ قواعد امری است یا تکمیلی؟

نه تنها هیچ نشانه‌ای بر امری بودن این حکم وجود ندارد، از تحلیل مفهوم شرط سقوط ضمان درک می‌توان تکمیلی بودن آن را استنباط کرد: دو طرف توافق می‌کنند که در صورت بطلان بیع ثمن به فروشنده تملیک شود. این تملیک معلق با هیچ متنی مغایر نیست و با اخلاق حسنه و نظام عمومی نیز منافات ندارد. پس، به استناد اصل آزادی قراردادها (مادهٔ ۱۰ ق.م.) باید این قرارداد را محترم شمرد. وانگهی، اگر همان گونه که قانون مدنی اعلام کرده است ضمان درک نتیجهٔ شرط ضمنی و توافق دو طرف در عقد بیع باشد، بیگمان همان توافق کارساز می‌تواند این شرط مفروض را از عقد بگیرد و ضمان را حذف کند.

با وجود این، هرگاه ثابت شود که فروشنده با آگاهی به وضع حقوقی خود ملک دیگری را فروخته و کلاهبرداری کرده است، فروشنده نمی‌تواند در پناه شرطی که با خدعه به دست آورده است از رد ثمن خودداری کند. زیرا هیچ قرارداد خصوصی نمی‌تواند به یکی از طرفین آن اختیار دهد تا به میل خود به دیگری ضرر بزند و از عواقب آن مصون بماند. چنین قراردادی با نظم عمومی و اخلاقی که در معاملات حکمفرما است مباینت دارد.

۱۳۰. شرط فزونی و کاستی ضمان :

تردید مخالفت شرط با قانون در صورتی است که مفاد آن ناظر به سقوط ضمان درک باشد، وگرنه تشدید یا تخفیف ضمان فروشنده را به خوبی می‌توان از مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی استنباط کرد. به موجب این ماده: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در

صورت تخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». ضمان درک از لحاظی نتیجهٔ تخلف فروشنده دربارهٔ تملیک و تسلیم مبیع است و شاید به همین لحاظ نیز قانون مدنی آن را در زمرهٔ آثار بیع آورده است. بنابراین، اگر دو طرف میزان خسارتی را که در نتیجهٔ این تخلف به خریدار وارد می‌شود از پیش تعیین کنند، باید مفاد توافق آنان را محترم شمرد.

گفتار دوم: ضمان عیوب پنهانی مبیع

۱۳۱. آثار عیب مبیع در لزوم قرارداد:

در صورتی که مورد معامله معیوب باشد: یعنی برحسب داوری عرف و با توجه به شرایط عقد «سالم» نباشد، خریدار می‌تواند یا عقد را فسخ کند یا کالای معیوب را نگاه دارد و برای جبران زیانی که دیده از فروشنده «ارش» بخواهد.

طبیعت حقوقی «ارش» و چگونگی تعیین میزان آن را در قواعد عمومی قراردادها باید بررسی کرد[1]. ولی، به اجمال می‌توان گفت: برخلاف آنچه پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند، ارش جزئی از ثمن نیست که به خاطر کمبود وصف سلامت مبیع پرداخته شده و اکنون باز ستانده می‌شود؛ خسارتی است که برای کامل ساختن مبیع و جبران ضرر خریدار مطالبه می‌شود. در مواردی که خریدار عقد را بر هم نمی‌زند و «گرفتن ارش» را بر می‌گزینند، تعیین میزان آن بدین ترتیب است که «**... قیمت حقیقی مبیع در حال بی‌عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خبره معین می‌شود...**» (مادهٔ ۴۲۷ ق.م.) سپس به نسبتی که این دو مبلغ دارد از ثمن کسر و به خریدار برگردانده می‌شود.

در این که، آیا «خیار عیب» ریشهٔ قراردادی دارد و مبتنی بر توافق ضمنی دو طرف است یا «لزوم جبران ضرر» خریدار سبب می‌شود که به او حق فسخ یا مطالبهٔ ارش داده شود، اختلاف است. ولی، به هر حال، در صورتی عیب مبیع این آثار را به همراه دارد که هنگام عقد موجود و از نظر خریدار پنهان بماند «**اعم از اینکه این عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً مستور بوده است، یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری ملتفت آن نشده است**» (مادهٔ ۴۲۴ ق.م.).

۱. رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۱۰۳۴ به بعد؛ اعمال حقوقی، ش ۴۰۸.

اینها مقرراتی است که در قانون مدنی برای تضمین عیوب پنهانی مورد معامله وجود دارد و در ادبیات حقوقی ما زیر عنوان «خیار عیب» آمده است. ولی همهٔ اشکال‌ها در چگونگی متعادل ساختن ثمن با کالای معیب خلاصه نمی‌شود:

گاه عیب پنهانی مبیع زیان‌هایی به بار می‌آورد که نقص مبیع در برابر آن اهمیت ندارد. بنابراین، یافتن مبنای حقوقی مسؤولیت فروشنده و حدود این مسؤولیت، در عین حال که از مسائل مهم «مسؤولیت مدنی» است از جمله مباحث مهم بیع نیز به شمار می‌آید.

۱۳۲. ضمان فروشنده نسبت به زیانهای ناشی از عیوب پنهانی :

مسؤولیت فروشندهٔ کالا را می‌توان در دو فرض مطالعه کرد:

۱. در صورتی که زیان به خریدار وارد شده باشد: فرض کنیم حیوان بیماری فروخته شود و چندی بعد در اثر آن بیماری بمیرد و سایر حیوانات خریدار را بیمار سازد و از این راه به او زیان برساند. بیگمان این زیان را نباید جبران نشده باقی گذارد (اصل لاضرر) و اگر فروشنده به عمد و با آگاهی از بیماری حیوان آن را فروخته باشد، باید زیان‌های ناشی از این تقصیر را متحمل شود (مواد ۳۳۱ به بعد ق.م. و مادهٔ ۱ قانون مسؤولیت مدنی).

با وجود این، اثبات تقصیر فروشنده دشوار است و به ویژه امروز، که در بیشتر موارد مصرف کنندهٔ عادی توانایی اثبات این تقصیر را ندارد.

برای گریز از همین اشکال، بسیاری از نویسندگان خواسته‌اند که ضمان فروشنده را بر مبنای عقد بیع استوار سازند و بدین تمهید خریدار را از اثبات تقصیر او معاف دارند: بدین ترتیب که می‌گویند، هر فروشنده به طور ضمنی در برابر خریدار تعهد می‌کند که جنس سالم و بی‌عیب به او تحویل دهد. پس، اگر به این تعهد وفا نکند، باید زیان‌های ناشی از پیمان‌شکنی (تقصیر قراردادی) را جبران سازد (مواد ۲۲۶ به بعد ق.م.). در دعوای خریدار، کافی است که عیب کالا و رابطهٔ سببیت بین وجود عیب و زیان‌های وارد شده اثبات شود و دیگر نیازی به اثبات تقصیر فروشنده و اطلاع او از عیب وجود ندارد.

این تحلیل، در بسیاری موارد، به ویژه در جایی که فروشندهٔ کالا تولید کنندهٔ آن نیز هست، می‌تواند به عدالت کمک کند و جبران زیان خریدار را آسان سازد. ولی، پذیرفتن آن در جایی که فروشنده نقش واسطهٔ ساده بین تولید کننده و مصرف کننده را دارد و محصولات کارخانه‌ای را، چنان که هست و سربسته، می‌فروشد امکان ندارد: برای

مثال، اگر داروفروشی فرآورده‌های یکی از کارخانه‌های سازندهٔ دارو را بفروشد، نمی‌توان ادعا کرد که به طور ضمنی سلامت و فایدهٔ داروها را تضمین کرده است و بر مبنای این قرارداد مسؤول زیان‌های ناشی از عیوب پنهانی مبیع است.

در این گونه امور، خریدار ناچار باید تقصیر فروشنده را در تحویل کالای ناسالم اثبات کند و در این راه می‌تواند از همهٔ دلایل و امارات یاری بخواهد؛ چنانکه اگر اتومبیلی از کارخانهٔ فورد خریده شود و در اثر ناقص بودن دستگاه ترمز باعث ایجاد تصادمی گردد، ظاهر این است که کارخانهٔ فورد از این نقص اطلاع داشته است و خریدار می‌تواند از همین اماره به سود خود استفاده کند.

۲. در موردی که مبیع باعث ورود ضرر به اشخاص ثالث شده باشد: در این فرض هیچ رابطهٔ خصوصی و قراردادی بین فروشنده و متضرر از کالا وجود ندارد. برای مثال، کارخانه‌ای که نوشابهٔ گازدار تهیه می‌کند در محاسبهٔ مقاومتی که بطری این نوشابه در برابر فشار گاز درون خود دارد دچار اشتباه می‌شود و در نتیجه بطری در دست یکی از مصرف کنندگان، که نوشابه را از خواروبار فروشی خریده است، می‌ترکد و او را مجروح می‌سازد. در این مثال، مجروح و کارخانه نوشابه‌سازی را عقد بیع به هم مربوط نمی‌کند و این دو یکدیگر را نمی‌شناسند، به همین جهت رابطهٔ بین خریدار و فروشنده اصولاً تابع قواعد مسؤولیت مدنی است و ریشهٔ قراردادی ندارد.

با وجود این، اگر تولید کننده به طور صریح یا ضمنی سلامت مبیع را در برابر مصرف کنندگان تضمین کرده باشد، دادگاه می‌تواند عیب پنهانی مبیع را نوعی پیمان‌شکنی اعلام کند و فروشندهٔ اصلی (تولید کننده) را به عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در برابر مصرف کننده محکوم سازد.

در جهان صنعت، باید از مصرف کننده در برابر تولید کنندگان حمایت کرد تا عدالت نسبی میان این دوگروه برقرار شود. یکی از راه‌های حمایت مسؤول شناختن تولید کننده نسبت به زیان ناشی از فرآورده‌های خطرناک است[1]. قوانین کنونی با چنین مسؤولیتی همراه است و از مصرف کننده حمایت می‌کند و او را از اثبات تقصیر معارف می‌سازد[2].

۱. برای دیدن تفصیل مطلب، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۷۱ و قرائت و تمرین ۵.

۲. رک. ناصر کاتوزیان، مسؤولیت ناشی از عیب تولید، چ ۲ (تجدیدنظر شده)، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ـ مادهٔ ۲۲ لایحهٔ حمایت از حقوق مصرف کنندگان.

عقد اجاره

مقدمه

۱۳۳. اهمیت اجتماعی و تحول احکام اجاره:

اجاره یکی از مهم‌ترین عقود معین است. امروز رابطهٔ بین مالک و مستأجر تنها یک رابطهٔ خصوصی نیست تا استقرار عدالت معاوضی در آن هدف اصلی باشد. دو گروه موجر و مستأجر، همچون، دو طبقهٔ اجتماعی ممتاز، در برابر هم قرار گرفته‌اند و تنظیم روابط آنان چندان اهمیت یافته است که دولت خود را ناگزیر از دخالت در آن می‌بیند.

در حقوق کنونی، عقد اجاره، از حیث امری شدن قواعد حاکم بر آن و بی‌اثر بودن حکومت اراده، گاه به صورت سازمان حقوقی مستقل درآمده است؛ سازمانی که به وسیلهٔ قوانین اداره می‌شود؛ قالب آماده‌ای که مالک و مستأجر فقط می‌توانند به تراضی خود را درون آن جای دهند، بی‌آنکه بر سرنوشت آیندهٔ روابط خود حاکم باشند.

برای مثال، در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، موجر از طرف قانونگذار ملزم به تجدید اجاره می‌شود، و بی‌آنکه خود بخواهد طرف عقدی قرار می‌گیرد که وضع پیشین بر او تحمیل کرده است. پس از سپری شدن مدت اجاره، رابطهٔ حقوقی بین او و مستأجر قطع نمی‌شود. مستأجر می‌تواند، تا وقتی که با حسن نیت مورد اجاره را در تصرف دارد و اجاره را می‌پردازد، رابطهٔ گذشته را ادامه دهد. دو طرف می‌توانند، به استناد ترقی یا تنزل هزینهٔ زندگی، از دادگاه درخواست تعدیل اجاره را کنند... و، به طور خلاصه، در این عقد هیچ‌چیز طبیعی و تابع حاکمیت اراده به نظر نمی‌رسد.

در اجارهٔ اشخاص، دولت از این هم پیشتر رفته و نظام مرسوم حقوقی مدنی به کلی از دست رفته است. در دو قرن اخیر، در اثر ایجاد سرمایه‌های بزرگ و رقابت فشردهٔ تولیدکنندگان و بالا

رفتن میزان تولید و پیشرفت صنایع سنگین، کارگران طبقهٔ ممتاز و نیرومندی در برابر سرمایه‌داران شده‌اند. این دو طبقه در سطح اقتصادی برابر نیستند و اگر به حال خود واگذار شوند، کارفرمایان از لحاظ مالی خواسته‌های خود را بر تودهٔ کارگران تحمیل می‌کنند و برای تحصیل سود بیشتر آنان را به استثمار می‌گیرند. ولی، از سوی دیگر، کارگران این قرن دیگر در وضعی نیستند که به آسانی بتوان بر آنان چیره شد و اگر حقوقشان تأمین نشود به زور می‌ستانند. دیگر خواسته‌ها محدود به اضافه دستمزد نیست؛ آنان خواستار شرکت در حکومت و برخورداری از سود سرمایه هستند، بسان آتش نیرومندی که با آن به دشواری می‌توان بازی کرد. در واقع، جبر زمانه دولت‌ها را وادار می‌کند که مقرراتی به سود کارگران وضع کنند و بر قرارداد کار نظارت مستمر داشته باشند.

همین ضرورتها موجب شد که اجارهٔ اشخاص به کلی از حقوق مدنی جدا شود و حقوق کار به وجود آید، حقوقی که دولت آن را به صورت حقوق اداری کارگاه‌ها درآورده و نظام عمومی بر آن حکمفرما است. در قرارداد کار، عقد اجاره بر مبنای قانون مدنی است، ولی شرایط دستمزد و مرخصی و بیمه کارگران و مسؤولیت مدنی ناشی از کار از طرف قانونگذار به طور امری معین می‌شود. به طور خلاصه، این قانون است که آثار قرارداد کار را معین می‌کند نه حاکمیت اراده.

گذشته از اینها، سهم بزرگی که وسایل حمل و نقل در تجارت بین‌المللی به عهده دارد، اجارهٔ این‌گونه وسایل را اهمیت خاص بخشیده است. امروز رفت و آمد با هواپیما و کشتی را نمی‌توان با توسعهٔ قواعد حاکم بر اجارهٔ حیوان در قانون مدنی اداره کرد. تاجری که کالای خود را برای حمل به بندر خریدار به مؤسسهٔ کشتیرانی می‌سپارد، باید به سرنوشت سرمایهٔ خود مطمئن باشد و قانون باید حسن نیت دو طرف این قرارداد را تأمین کند. چهرهٔ اقتصادی این رابطه باعث شد که، به جای حقوق مدنی، حقوق تجارت بر آن حکمروایی کند و این رشته نیز جای خود را به حقوق دریایی و هوایی بدهد.

با این ترتیب، هریک از صورت‌های اجاره طبیعت خاص یافته است که احاطه بر همهٔ آنها در قلمرو حقوق مدنی نمی‌گنجد. در این زمینه نیز، قواعد عمومی اجاره در پاره‌ای از اقسام آن، مانند اجارهٔ املاک، چندان به استثناهای گوناگون برخورده است که باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

الف : مفهوم اجاره

۱۳۴. تعریف اجاره :

مادهٔ ۴۶۶ قانون مدنی در تعریف اجاره می‌گوید: «**اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود...**».

در این تعریف به معوض بودن اجاره اشاره نشده است، ولی باید دانست که تملیک منافع رایگان نیست و مستأجر نیز در برابر موجر متعهد است که مالی (که به طور معمول مقداری پول است) به او بپردازد؛ چنان که بند ۳ مادهٔ ۴۹۰ در بیان تکالیف مستأجر می‌گوید: «**... ثالثاً مال‌الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً باید بپردازد.**»

نکتهٔ دیگری که در شناسایی مفهوم اجاره مؤثر است و جا داشت که در تعریف مادهٔ ۴۶۶ می‌آمد، لزوم موقت بودن این تملیک است.

می‌دانیم که یکی از اوصاف بارز حق مالکیت دائمی بودن آن است. پس، اگر در اجاره که مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود لزوم موقت بودن آن تصریح نگردد، طبیعی است که این تصور به ذهن می‌آید که مستأجر مالک منافع همیشگی عین مورد اجاره خواهد شد. در حالی که، بر طبق مواد ۴۶۸ و ۵۱۴ قانون مدنی، تعیین مدت یکی از شرایط درستی عقد اجاره است.

پس، از جمع این مواد و با پیروی از سیاق مادهٔ ۴۶۶، در تعریف عقد اجاره می‌توان گفت: «**عقدی است که به موجب آن مستأجر، در برابر مالی که به موجر می‌پردازد، برای مدت معین مالک منافع عین مستأجره می‌شود.**»

از این تعریف چنین بر می‌آید که عقد اجاره دارای سه وصف ممتاز است:

۱) عقد تملیکی است ۲) عقدی است معوض ۳) عقدی است موقت.

۱. اجاره عقد تملیکی است

۱۳۵. معنی تملیک منافع :

در نظر قانونگذار ما اجاره عقد تملیکی است و اثر آن تملیک منفعت است به

مستأجر: یعنی او پس از عقد مالک منافع مورد اجاره می‌شود یا، به بیان بهتر، در مدت اجاره از همان سلطه و حقوق مالک استفاده می‌کند و مانند او صلاحیت انتفاع از عین را در اختیار خود می‌گیرد.

۱۳۶. مالکیت منفعت و حق انتفاع:

دربارهٔ مفهوم تملیک منافع، دو تعبیر مختلف شده است که هر کدام آثار ویژهٔ خود را دارد[1]:

۱. در اثر اجاره، منافع عین تملیک می‌شود. پس، اگر در مدت اجاره تراوش منفعت مطلوب، به دلیل تلف یا عیب عین، از بین برود، عقد نسبت به آینده باطل است (انفساخ اجاره) و اجاره بهای آن به مستأجر باز می‌گردد. با این تعبیر، اجاره سبب تملیک منافع آیندهٔ مال است و تحقق تملیک منوط به ایجاد ذرّه‌ها یا فرا رسیدن لحظه‌های منفعت است.

۲. اثر عقد اجاره مسلط ساختن مستأجر بر مورد اجاره به منظور انتفاع است و مالک بدین وسیله مستأجر را جانشین حقوق مالکانه خود می‌سازد. در نتیجه، با تحقق اجاره و تسلیم عین تمام منافع عین در مدت اجاره تملیک و تسلیم شده است و مستأجر نیز در برابر باید تمام اجاره‌بها را به نقد بپردازد و نمی‌تواند آن را منوط به گذشتن موعد کند (بند ۳ مادهٔ ۴۹۰ ق.م.). تلف مورد اجاره نیز نشان می‌دهد که از آغاز انعقاد صلاحیت انتفاع نسبت به مدت باقی مانده وجود نداشته و عقد در این بخش خود باطل بوده است.

احکام قانون مدنی به تعبیر اخیر نزدیک‌تر است، هرچند که پاره‌ای از احکام آن نفوذ تعبیر نخست را نشان می‌دهد.

مفهوم «مالکیت منفعت» به ویژه در تعبیر دوم، با «حق انتفاع» بسیار نزدیک است. زیرا، در هر دو مورد، شخصی غیر از مالک عین حق بهره‌برداری انحصاری از آن را پیدا می‌کند. ولی این شباهت نباید باعث اختلاط دو مفهوم شود. مادهٔ ۲۹ قانون مدنی، در بیان علاقه‌هایی که ممکن است اشخاص نسبت به اموال داشته باشند، مالکیت منفعت را از حق انتفاع جدا کرده است. به اضافه، در مواد ۴۰ به بعد، اجاره در زمرهٔ اقسام حق انتفاع آورده نشده و در مادهٔ ۴۶۶ به بعد احکام ویژه‌ای برای آن مقرر شده است، که آن را از انواع حبس به کلی جدا می‌کند. پس، باید دید

۱. در این باره، رک. عقود معین، ج ۱، قرائت و تمرین (۸)، ص ۳۵۹ به بعد.

تفاوت این دو مفهوم در چیست و از لحاظ عملی چه اثری دارد؟[1]

این تفاوت را در کتاب اموال دیده‌ایم و در این جا یادآور می‌شویم که در حق انتفاع اثر عقد جدا کردن منفعت از عین نیست؛ مالک این دو یکی است و صاحب حق اختیار بهره‌برداری از منافع را پیدا می‌کند. ولی، در اثر اجاره، منافع ملک به مستأجر تعلق می‌یابد. از این پس دو مالک برای عین وجود دارد: مستأجر، که مالک منفعت است و می‌تواند آن را به دیگری واگذارد یا خود استفاده کند، و مالک عین بدون منفعت، که تنها در حدود مالکیت خود می‌تواند در آن تصرف کند، بدون این که به انتفاع مستأجر خللی برساند. بنابراین، در اجاره، ذرات و لحظات منفعت در ملک مستأجر به وجود می‌آید، در حالی که با حبس عین، باز هم این ذره‌ها در ملک صاحب عین ایجاد می‌شود و منتفع حق بهره‌برداری از آن را می‌یابد. پس، در پایان مدت حق انتفاع، دیگر منتفع اجازهٔ هیچ نوع تصرفی در ملک ندارد و، برای مثال، هرگاه موضوع حق باغی باشد، نمی‌تواند میوه‌های رسیدهٔ درخت یا پادرختی‌ها را بردارد (مادهٔ ۵۸۵ قانون مدنی فرانسه) در حالی که، پس از پایان مدت اجاره، مستأجر باغ می‌تواند میوه‌هایی را که، بنا به فرض در ملک او به وجود آمده و هنوز مورد استفاده قرار نگرفته است، بردارد.

در واقع، حق انتفاع درجه‌ای ضعیف‌تر از مالکیت منفعت است و صاحب حق جانشین مالک اصلی نمی‌شود و از همهٔ امتیازهای او بهره نمی‌برد. ولی مالک منفعت بر آن سلطهٔ کامل دارد و از این لحاظ وضع او بسان مالک اصلی است.

۱۳۷. مواردی که اجاره عهدی است و به تملیک منتهی می‌شود :

با اینکه از تعریف قانون مدنی چنین برمی‌آید که تملیکی بودن مقتضای عقد اجاره است، باید دانست که در پاره‌ای موارد اجاره جز به طریق عهدی قابل تحقق نیست.

برای مثال، جایی که منفعت مال کلی انتقال داده می‌شود، تا زمانی که مورد اجاره از طرف موجر تعیین نشده است، تملیک تحقق نمی‌یابد. همان‌گونه که در بیع نیز اشاره شد، در اثر عقد، موجر متعهد می‌شود که فردی از مصداق‌های مورد توافق را انتخاب و

۱. برای مطالعهٔ حق انتفاع، رک. دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۱۰۲ و ۲۱۵ به بعد.

برای انتفاع در اختیار مستأجر گذارد. فرض کنیم شما اتومبیل سواری را به طور کلی اجاره می‌کنید: پس از عقد، مالک منفعت هیچ اتومبیلی نمی‌شوید و بر هیچ‌یک از ماشین‌های موجر حق عینی ندارید. تنها اثری که عقد دارد این است که موجر مدیون شما می‌شود تا اتومبیل‌سواری را، به انتخاب خود و برای مدت معین، در اختیار شما بگذارد و فقط بعد از این انتخاب است که حق شما بر منفعت مال تحقق پیدا می‌کند.

همچنین است در مواردی که شخصی اجیر دیگری می‌شود تا کار معینی را برای او انجام دهد. زیرا در این حالت اجیر تعهد می‌کند تا کار معینی را برای مستأجر انجام دهد، بدون اینکه منافع خود را به او تملیک کند.

۲. *اجاره عقدی است معوض*

۱۳۸. لزوم وجود عوض :

در اجاره، تملیک منافع در برابر عوض معین انجام می‌گیرد، یعنی مستأجر نیز مالی را به موجر می‌دهد یا تعهد پرداخت آن را می‌کند. وجود عوض، مانند منافع مورد تملیک، از عناصر اصلی عقد اجاره است و به همین جهت عدم تعیین اجاره، یا توافق دربارهٔ بی‌عوض بودن اجاره، عقد را باطل می‌کند. به بیان دیگر، وجود عوض مقتضای ذات اجاره است و با قرارداد خصوصی نمی‌توان این وصف را از اجاره گرفت.

۱۳۹. اجرت‌المسمی (اجاره‌بها) و اجرت‌المثل (بهره‌بها) :

در عقد اجاره، عوض به طور مرسوم مبلغی پول است. ولی از این رسم نباید چنین نتیجه گرفت که اموال دیگر، حتی منفعت و حق و دین، نمی‌تواند عوض منافع قرار گیرد. ممکن است مالک مورد اجاره را در برابر تملک عین معین واگذارد یا طلبی را که مستأجر از دیگری دارد به عنوان اجاره‌بها بپذیرد یا تملیک منافع در برابر منافع مال دیگر باشد، چنان که شخصی باغ ییلاقی خود را به مدت سه ماه اجاره دهد و اجاره‌بها منافع خانه مسکونی مستأجر مقرر شود.

به هر حال، عوضی را که طرفین دربارهٔ اجارهٔ اشیاء نسبت به آن توافق کرده‌اند در اصطلاح «اجرت‌المسمی» یا «اجاره‌بها» و در اجارهٔ اشخاص «اجرت» می‌نامند. ولی، آنچه را که شخص در برابر استیفا یا تفویت منافع مال یا کار دیگری باید به او بپردازد، به اعتبار این که دربارهٔ میزان آن قراردادی وجود ندارد و با توجه به اجارهٔ امثال و نظایر مال مورد استفاده از طرف کارشناس معین می‌شود، «اجرت‌المثل» یا «بهره‌بها» می‌گویند. در واقع، تعهد به پرداختن اجرت‌المثل ریشهٔ قراردادی ندارد و به حکم قانون و به عنوان بدل استیفاء یا تفویت منافع پرداخته می‌شود و قیمت حقیقی منفعت است.

۳. اجاره عقدی است موقت

۱۴۰. قاعده :

مقصود از موقت بودن اجاره این است که تملیک منافع باید در مدت معین انجام شود؛ چنان که مادهٔ ۴۶۸ قانون مدنی در این باره می‌گوید «در اجارهٔ اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است...» و همین حکم را مادهٔ ۵۱۴ در مورد اجارهٔ اشخاص نیز تکرار کرده است.

لزوم تعیین مدت در اجاره را می‌توان به دو دلیل منطقی مستند کرد: اول این که، هرگاه منفعت مالی به طور دائم به دیگری تملیک شود، دیگر مالکیت عین و آثار آن چندان ضعیف است که در عرف به دشواری می‌توان آن را احساس کرد و از مالکیت منفعت ممتاز ساخت. دوم این که، مقدار منفعت به طور مرسوم به‌وسیلهٔ تعیین مدت معلوم می‌شود و به همین جهت است که، در پاره‌ای موارد، که می‌توان منفعت را به وسایل دیگر (مانند تعیین مسافت یا محلی که کالا یا مسافر باید به آنجا حمل شود) معلوم ساخت، تعیین مدت ضرورت ندارد (مواد ۵۰۷ و ۵۱۴ ق.م.).

۱۴۱. حکم ویژهٔ اجارهٔ محل کسب و پیشه :

قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶، با این که مالکیت منافع را دایمی نساخته، اجاره را محدود به مدتی که دو طرف در عقد آورده‌اند نکرده است. مستأجر می‌تواند پس از

پایان اجاره نیز به کسب یا پیشهٔ خود ادامه دهد و موجر، جز در موارد استثنایی، حق ندارد اجاره را فسخ کند یا تخلیهٔ مورد اجاره را بخواهد.

در قانون مدنی مواردی پیش‌بینی شده است که، اگر پس از پایان مدت اجاره مستأجر به سکونت خود ادامه دهد و موجر نیز تخلیه ید او را نخواهد، این وضع دلیل بر تراضی ضمنی بر اینست که، برای مدتی که تصرف ادامه می‌یابد، اجاره‌بها به همان میزان مقرر بین طرفین باشد (مادهٔ ۵۰۱ ق.م.).

ب: اقسام اجاره

۱۴۲. اجارهٔ اشیاء و اشخاص :

اجاره در قانون مدنی به اعتبار موضوع آن بر سه قسم است: ۱) اشیاء ۲) حیوانات ۳) اشخاص.

قانون مدنی حیوان را در ردیف اشیاء قرار داده است منتها، به دلیل مسائل ویژه‌ای که در اجارهٔ حیوانات مطرح می‌شود، آن را به تقلید از پاره‌ای فقیهان از اشیاء جدا کرده است. ولی، دربارهٔ اجارهٔ انسان، موضوع بحث قرارداد کار و مقاطعه است که فردی به عنوان اجیر با صاحب کار می‌بندد و منافع کارش را به او واگذار یا تعهد به انجام دادن کار معین می‌کند.

اجارهٔ اشیاء و اشخاص نیز در درون خود شاخه‌هایی دارد که در تمیز قانون حاکم بر اجاره و آثار آن اهمیت دارد: از جمله، اجارهٔ املاک احکامی ویژه دارد که در اجارهٔ محل سکونت و کسب تفاوت می‌کند؛ و در اجارهٔ اشخاص نیز باید مقاطعه را از قرارداد کار بازشناخت.

۱۴۳. اجاره‌های مختلط :

گاه اتفاق می‌افتد که قراردادی مخلوطی از اجارهٔ اشخاص و اشیاء است و نام خاصی هم در قانون ندارد و دادرس در می‌ماند که پیمان مورد نزاع تابع قواعد مربوط به اجارهٔ اشیاء است یا اشخاص: برای مثال، در استفاده از امتیاز تلفن، همان‌طور که از تأسیسات

شرکت تلفن و سیم‌های تلفن استفاده می‌شود (اجارهٔ اشیاء) صاحب امتیاز کارگران شرکت را نیز به خدمت می‌گیرد (اجارهٔ اشخاص)، یا در موردی که شخص در مهمانسرایی پانسیون می‌شود، قراردادی که بین او و صاحب پانسیون بسته شده مخلوطی است از اجارهٔ اشخاص و اشیاء و بیع: در مورد استفاده از خدمات کارکنان پانسیون، پیمان دو طرف اجارهٔ اشخاص است و دربارهٔ استفاده از اثاث موجود در مهمانسرا اجارهٔ اشیاء. سهمی هم از پولی که این شخص می‌پردازد، بابت خرید غذا است و طبیعتی جز عقد بیع ندارد. پس، اگر اختلافی بین طرفین قرارداد ایجاد شود، دادرس باید این گونه قراردادهای مختلط را با یکی از عقود معین مشابه مقایسه کند و بدین وسیله راه حل اختلاف را از قانون استنباط کند.

همچنین است در مورد اجارهٔ وسایل حمل و نقل که متصدی خود عهده‌دار حمل کالا است: برای مثال، در فرضی که قرارداد به منظور حمل کالا با مؤسسهٔ کشتیرانی بسته می‌شود، نه تنها کشتی به اجاره داده شده است، متصدی حمل و نقل نیز تعهد کرده است که کالا را به مقصد برساند؛ همهٔ کوشش‌های لازم را برای حفظ آن بکند و کالا را چنان که تحویل گرفته سالم به گیرنده بدهد. هنگام بحث دربارهٔ تکالیف مستأجر و آنجا که از مسؤولیت متصدیان حمل و نقل گفتگو می‌شود، خواهیم دید که چه‌گونه تحلیل این اجاره به اشیاء و اشخاص در رابطهٔ دو طرف اثر می‌کند.

ج : قانون حاکم بر اجاره

۱۴۴. دشواری تمیز قانون حاکم :

یکی از دشواریهای بررسی وضع اجاره این است که در قوانین ما همهٔ اقسام آن تابع یک قانون نیست. این اشکال در نتیجهٔ سابقهٔ تاریخی قانونگذاری در این باب به وجود آمده است: بدین معنی که، بعد از تصویب جلد اول قانون مدنی (۱۳۰۷)، تا مدت ها عقد اجاره در تمام صورت‌های خود تابع این قانون بود و تنها قانون تجارت (۱۳۱۰) تصدی حمل و نقل را در زمرهٔ اعمال تجارتی شمرد و قرارداد حمل و نقل را تابع قواعد

وکالت و مقررات استثنایی آن قانون کرد (مادهٔ ۳۷۸)[1].

ولی جنگ جهانی دوم و حوادث بعد از شهریور ماه ۱۳۲۰ به کلی نهادهای اجتماعی این رابطهٔ حقوقی را دگرگون ساخت: کارگران به صورت طبقهٔ خاصی در برابر سرمایه‌داران قرار گرفتند و بالا رفتن میزان اجاره‌ها به صورت یکی از عوامل ترقی هزینهٔ زندگی درآمد. این ضرورت‌ها سبب شد که، نه تنها دولت با وضع قوانین کار اجارهٔ اشخاص را به کلی در نظارت خود بگیرد، با تصویب آئین‌نامهٔ تعدیل اجاره‌بها، بسیاری از قواعد مدنی را در اجارهٔ محل کسب و سکونت تعدیل کند.

قوانین روابط مالک و مستأجر مصوب ۳۹ و ۵۶ این قانون را نیز بر همهٔ اقسام اجاره حاکم نشمرد.

همچنین، یادآوری این نکته نیز لازم است که، گذشته از قانون روابط موجر و مستأجر سال ۶۲ که بر اجارهٔ محل سکونت حاکم است، قوانین اصلاحات ارضی نیز دربارهٔ اجارهٔ املاک مزروعی و تنظیم روابط بین مالک و زارع احکامی دارد که به نوبهٔ خود باید رعایت شود و بر اشکال این بحث افزوده است. آخرین قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ نیز اجاره‌ها را به دو گروه تقسیم کرده است: ۱) اجاره‌های گذشته که تابع قانون قدیم است ۲) اجاره‌هایی که از این پس واقع می‌شود و تابع قانون جدید است. بنابراین، می‌توان گفت که عقد اجاره به پاره‌های گوناگون تقسیم شده و بر هر پاره‌ای دو یا چند قانون حکومت می‌کند، و تشخیص قانون حاکم بر هر مورد از مهمترین مسایلی است که دادرس با آن روبرو می‌شود.

۱۴۵. حکومت قانون مدنی به عنوان اصل :

قوانین اجاره برای همهٔ روابط مالک و مستأجر، حتی در مورد املاکی که مشمول قانون است، حکم ویژه‌ای ندارد و قانون مدنی را نیز به طور صریح نسخ نکرده است. بنابراین، قانون مدنی هنوز به عنوان اصل بر تمام اجاره‌ها حکمفرما است و دادرس باید

۱. قوانین دریائی (مصوب ۱۳۴۳) و هوایی نیز قواعد ویژه‌ای در حمل و نقل در دریا و هوا به وجود آورد.

استثناها را در قانون مالک و مستأجر جستجو کند: یعنی باید مواردی را که قانون روابط موجر و مستأجر دربارهٔ آنها حکم ویژه‌ای دارد و قانون مدنی را به طور ضمنی تخصیص داده است تابع قانون جدید بداند، و در سایر موارد قانون مدنی را اجرا کند.

۱۴۶. تقسیم مطالب:

همان‌طور که اشاره شد، با این که قوانین گوناگونی بر اقسام اجاره حکومت می‌کند، در همهٔ آنها قانون مدنی حکم اصل و قاعدهٔ کلی را دارد: بدین ترتیب، هرجا که استثنایی به‌وسیلهٔ مقررات دیگر به وجود نیامده باشد، قانون مدنی باید اجرا شود. این قانون نیز خود حاوی سه گروه قاعدهٔ متمایز است:

۱. قواعد عمومی اجاره، که در همهٔ اقسام اجاره رعایت می‌شود و امروز نیز قواعد حاکم بر اجاره‌های منقول است.

۲. قواعدی که ویژهٔ اجارهٔ انسان است و رنگی را که قواعد عمومی در این رابطه پیدا کرده است بیان می‌کند. قانون مدنی مبحثی را نیز به «اجارهٔ حیوانات» اختصاص داده است، ولی این چهرهٔ خاص از اجارهٔ اشیا را به آسانی می‌توان در زمرهٔ قواعد عمومی بررسی کرد.

۳. استثنای مهم قواعد عمومی اجاره در باب املاک است که، از سویی روابط مالک و مستأجر نظام قانون مدنی را در اجارهٔ اِملاک شهری، به ویژه محل کسب و پیشه، دگرگون ساخته است، و از سوی دیگر، قوانین مربوط به اصلاحات ارضی در اجارهٔ املاک مزروعی قواعد تازه‌ای به وجود آورده است.

بنابراین مقدمات، قواعد حاکم بر اجاره را در سه فصل جداگانه بررسی می‌کنیم:

فصل اول: قواعد عمومی اجاره، که در همهٔ اقسام آن به عنوان اصل حکومت می‌کند و در اجارهٔ اشیاء منقول و حیوانات نیز به طور کامل اجرا می‌شود.

فصل دوم: اجارهٔ املاک، که در آن از قوانین روابط مالک و مستأجر و رابطهٔ آن با قانون مدنی گفتگو خواهد شد.

فصل سوم: اجارهٔ اشخاص، که در آن از اجاره‌هایی که مشمول قانون کار نیست بحث می‌شود.

فصل اول

قواعد عمومی اجاره

مبحث اول: انعقاد اجاره

۱۴۷. شرایط صحت عقد:

اجاره نیز، مانند بیع، از حیث شرایط انعقاد و آثار، تابع قواعد عمومی قراردادها است: مانند همهٔ قراردادها، دو طرف باید ارادهٔ جدی و سالم داشته باشند، قانون آنان را برای معامله اهل بشناسد، انعقاد اجاره نیاز به موضوع معین و معلوم دارد و سرانجام باید جهت قرارداد مشروع باشد (مادهٔ ۱۹۰ ق.م.). منتها، پاره‌ای از این شرایط در عقد اجاره ویژگی‌هایی یافته است که باید مورد بررسی قرار گیرد.

اجاره عقدی است معوض، و از حیث رابطه‌ای که بین دو عوض در این گونه قراردادها پیدا می‌شود و آثاری که از خود به جا می‌گذارد، با بیع شباهت کامل دارد. به همین جهت نیز از طرح بسیاری از مسائل، مانند کلیات مربوط به حق حبس و قدرت بر تسلیم و تلف یکی از دو عوض پیش از قبض، فارغ هستیم. مشروع بودن جهت عقد نیز صورت تازه‌ای در عقد اجاره ندارد تا بتواند مبحث ویژه‌ای را به خود اختصاص دهد. بنابراین، مبحث مربوط به انعقاد اجاره را ضمن دو گفتار بررسی می‌کنیم: گفتار نخست به قصد و رضا و اهلیت اختصاص می‌یابد و در گفتار دوم از مسائل راجع به موضوع عقد اجاره گفتگو خواهیم کرد:

گفتار نخست : اراده و اهلیت

۱۴۸. وجود و سلامت اراده :

اجاره در صورتی درست است که دو طرف آن قاصد و راضی باشند. اشتباه و اکراه از عیوب اراده است و عقد را باطل و غیرنافذ می‌کند. اراده باید اعلام شود، ولی در هر حال ارادهٔ باطنی بر آنچه اعلام شده حکومت دارد. بنابراین، اگر مقصود واقعی از تصرف اجاره باشد، رابطهٔ متصرف و مالک تابع عقد اجاره است، هرچند که به ظاهر نام صلح یا وکالت بر آن گذارده باشند.

۱۴۹. اعلام اراده و اثبات آن :

اعلام اراده هیچ تشریفاتی ندارد و ممکن است وسیلهٔ بیان لفظ باشد یا نوشته یا عمل. در اثبات اجارهٔ املاک، قانون ثبت مانع مهمی ایجاد کرده بود: بر طبق مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت، در تمام قراردادهایی که موضوع آنها عین یا منافع اموال غیرمنقول است، انتقال باید با سند رسمی باشد.

رعایت این مواد رابطهٔ موجر و مستأجر را تیره می‌کند و در بسیاری موارد سبب می‌شود که دادگاه نتواند به واقع برسد. برای مثال، در تمام اطاق‌هایی که به تنهایی اجاره می‌دهند سندی تنظیم نمی‌شود. بنابراین، اگر عقد اجاره در این مورد به دلیل تنظیم نشدن سند قابل اثبات نباشد، بدین معنی است که به حاکمیت ارادهٔ دو طرف و واقعیت‌های عرفی بی‌اعتنایی شده است. وانگهی، محدود ساختن اثبات اجاره احتمال دارد وسیلهٔ سوءاستفادهٔ موجران و فرار از اجرای قواعد اجاره شود و حمایت منظور قانونگذار را خنثی کند. به همین جهت، در مورد املاک نیز به موجب قوانین روابط موجر و مستأجر، این محدودیت در اثبات اجاره این بین رفته و احکام عمومی تعدیل شده است (مادهٔ ۱ قانون ۱۳۵۶ و مادهٔ یک قانون ۱۳۶۲ در اجارهٔ مسکن).

۱۵۰. اعلام اراده به وسیلهٔ نماینده :

ضرورتی ندارد که اعلام اراده به وسیلهٔ شخص موجر باشد. اجاره تابع قواعد عمومی است و به نمایندگی نیز صورت می‌پذیرد[1].

در موردی که ولی قهری یا قیم مال محجور را به اجاره می‌دهد، به نظر مشهور، عقد اجاره، تا زمانی که صغیر کبیر نشده یا محجور رشد خود را به دست نیاورده است، درست و برای پس از آن غیرنافذ و موکول به اجازهٔ او است.

پذیرفتن این گفته، با همهٔ شهرتی که دارد، دشوار است؛ زیرا، با توجه به تحلیلی که از مفهوم انتقال منافع شد، اجاره عبارت از واگذاری صلاحیت انتفاع از مورد اجاره برای آینده است و در زمرهٔ اعمال اداری محسوب می‌شود. قیم و ولی قهری نیز مأمور ادارهٔ اموال محجور هستند. بنابراین، اگر در مقام ادارهٔ مال محجور ملک او را به اجاره دهند و در خلال مدت حجر از بین برود، نمی‌توان ادعاکرد که اجاره فضولی است. زیرا در زمان انعقاد قرارداد سرپرست محجور در حدود صلاحیت خویش اقدام کرده است.

در تأیید این استدلال، می‌توان وضع قیم یا ولی را با متولی قیاس کرد. زیرا هر دو نماینده هستند و می‌دانیم که، اگر متولی صرفهٔ وقف را رعایت کند، با از بین رفتن سمت او اجاره باطل نمی‌شود (مادهٔ ۴۹۹ ق.م.). بنابراین، اگر در نتیجهٔ رشد محجور نیز سمت قیم یا ولی از بین برود، اجاره را نبایستی باطل انگاشت و اعمالی راکه ولی قهری و قیم، در حدود سمت خود و به مصلحت مولی‌علیه، انجام داده‌اند الزام‌آور ندانست.

در واقع، اگر موضوع اجاره نفس منافع تدریجی باشد، چون منافعی که در دوران حجر به وجود می‌آید غیر از منافعی است که پس از آن ایجاد می‌شود، می‌توان استدلال کرد که ولی یا قیم تنها صلاحیت ادارهٔ اموالی را دارد که در زمان حجر در ملک مولی‌علیه وجود دارد و نمی‌تواند برای اموال آیندهٔ او تعیین تکلیف کند. ولی، هرگاه تحلیلی که از معنای انتقال منافع شد مورد نظر قرار گیرد و پذیرفته شود که، موضوع انتقال حق مالی است که مالک داشته و

۱. دورهٔ مقدماتی، اعمال حقوقی، ش ۱۲۱ به بعد.

مستأجر را جانشین خود ساخته است، دیگر نمی‌توان در درستی اجاره، حتی بعد از رفع حجر، نیز تردید کرد. زیرا فرض این است که ولی یا قیم حق کنونی مولی‌علیه را در حدود اختیار خویش اداره کرده است.

این نظر، از جهت حفظ حقوق اشخاص ثالث، به ویژه در جایی که مولی‌علیه محجور است و بهبود او در آینده معلوم نیست، منطقی‌تر است. زیرا تنها در این صورت است که مستأجر چنین ملکی می‌تواند به پیمانی که با سرپرست محجور بسته است اعتماد کند.

۱۵۱. اهلیت دو طرف :

اجاره عقدی است معوض که به موجب آن موجر و مستأجر در اموال خود تصرف می‌کنند: موجر منافع مال خود را انتقال می‌دهد و مستأجر با پرداختن پول یا دادن مالی این منافع را تملک می‌کند. بنابراین، درستی اجاره منوط بر این است که دو طرف بالغ و عاقل و رشید باشند (مادهٔ ۲۱۱ ق.م.). ورشکسته نیز نمی‌تواند، بعد از صدور حکم توقف، مال خود را اجاره بدهد یا مال دیگری را اجاره کند، زیرا ادارهٔ اموال او با مدیر تصفیه یا ادارهٔ تصفیه است (مواد ۴۱۸ و ۵۵۷ ق.ت.).

در مورد اجارهٔ اشیاء، دادرس نسبت به اثر عدم اهلیت طرفین با شکل تازه‌ای روبرو نیست. ولی، در اجارهٔ اشخاص، که اجیر در اموال خود به طور مستقیم تصرف نمی‌کند، این بحث به میان آمده است که آیا سفیه و ورشکسته در اجیر شدن آزادند یا نفوذ اجاره موکول به اجازهٔ سرپرست سفیه و مدیر تصفیه است؟ این اشکال را، که ویژه اجارهٔ اشخاص است، در فصل سوم بررسی خواهیم کرد.

گفتار دوم : موضوع عقد اجاره

۱۵۲. معنی موضوع اجاره:

هدف از عقد اجاره این است که موجر منفعت مورد اجاره، یا به بیان دقیق‌تر، حق مالکیتی را که بر منافع دارد در برابر عوض به مستأجر تملیک و تسلیم کند. ولی، چون منفعت اشیاء همیشه با عین همراه است و راه عرفی تملیک منفعت این است که عین مال در اختیار طرف

گذارده شود، با اندک مسامحه آن شیء (عین مستأجره) را هم موضوع اجاره می‌گویند و ما شرایط آن را نیز، در کنار موضوع اصلی اجاره، مطالعه می‌کنیم:

۱۵۳. عین مورد اجاره؛ اجارهٔ مشاع :

هدف از اجاره انتقال منافع است و به همین دلیل موضوع آن باید عین باشد، خواه معین (مثل اجارهٔ خانه) یا کلی (مانند فروش بلیط هواپیما یا اتوبوس). عین مورد اجاره ممکن است بین موجر و دیگران مشاع باشد. در این صورت، واگذاری منافع مستلزم تصرف در حصهٔ دیگران نیست و بی‌اذن شریکان نیز امکان دارد، ولی تسلیم عین به مستأجر باید با رضای آنان انجام پذیرد. زیرا، تصرف در هریک از اجزاء مورد اجاره تصرف در مال سایر شریکان نیز هست. به همین دلیل است که مادهٔ ۴۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «**اجارهٔ مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک**».[1]

۱۵۴. شرایط موضوع :

گذشته از عین بودن مورد اجاره، که مربوط به ماهیت این عقد است، شرایط موضوع اجاره را می‌توان در چهار شرط خلاصه کرد:

۱) موضوع اجاره باید در برابر استیفای منفعتی که مورد توافق قرار گرفته است قابل بقاء باشد؛

۲) منفعتی که واگذار می‌شود باید ملک موجر باشد؛

۳) مورد اجاره باید معلوم و معین باشد؛

۴) منفعت باید مشروع و تسلیم آن مقدور باشد.

۱. برای دیدن اشکالهای مربوط به اجارهٔ مال مشاع و راه حل آنها، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۲۶۰.

الف : لزوم بقای عین در برابر انتفاع

۱۵۵. قاعده :

موضوع اجاره باید از جمله اموالی باشد که استفادهٔ از آن با بقای عین ممکن است. پاره‌ای از اشیاء با نخستین استفاده، از نظر حقوقی یا مادی، از بین می‌رود. ماهیت این کالاها چنان است که منفعت متعارف آن را نمی‌توان از عین جدا کرد و به دیگری واگذارد: چنان که استفاده از خوراکی‌ها با از بین رفتن عین آنها همراه است و استفاده از پول با از دست دادن آن ملازمه دارد.

عقد اجاره وسیلهٔ واگذاری منفعت و جدا ساختن آن است و به همین دلیل موضوع آن نمی‌تواند چنین اشیایی باشد. مالی ممکن است به اجاره واگذار شود که در اثر انتفاع مستأجر از بین نرود، زیرا تنها در این مورد است که می‌توان مالک عین و منفعت را از هم متمایز ساخت.

۱۵۶. استفادهٔ نامتعارف از اشیایی که به طور معمول قابلیت بقاء را ندارد :

پرسش اصلی این است: اگر مالی که در برابر بهره‌برداری معمول ماندنی نیست برای انتفاع ویژه‌ای به اجاره داده شود که باعث از بین رفتن اصل مال نمی‌شود، آیا چنین عقدی نفوذ حقوقی دارد؟ برای مثال، میوه را در مقابل استفادهٔ متعارف نمی‌شود اجاره داد، چون خوردن میوه با از بین رفتن آن همراه است، ولی آیا ممکن است میوه را برای نمایش به اجاره داد؟

پاسخ این سؤال را از ظاهر مادهٔ ۴۷۱ قانون مدنی که می‌گوید: «برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد...» به خوبی می‌توان به دست آورد. زیرا، در آن به امکان انتفاع از عین مستأجره بیشتر توجه شده است تا به نوع مال. قانونگذار نخواسته است که اموال را به دو گروه تقسیم کند و اجارهٔ اموالی را که در برابر استفادهٔ متعارف از بین می‌رود باطل اعلام کند.

حکم مادهٔ ۴۷۱ ق.م. به خاطر این است که، اگر عین مورد اجاره در برابر استیفای

منفعت باقی نماند، دیگر نمی‌توان مستأجر را تنها مالک منفعت شناخت و مالکیت عین را برای موجر نگاه داشت، وگرنه، از لحاظ نظم عمومی، اجارهٔ این گونه اموال هیچ منعی ندارد. بنابراین، اگر در حال ویژه‌ای بتوان عین را نگاه داشت و از منافع آن بهره برد، در درستی اجاره نباید تردید کرد.

در هر عقد و به تناسب منفعتی که موضوع اجاره قرار گرفته است باید جداگانه داوری کرد. باید تمیز داد که آیا مورد اجاره در اثر انتفاعی که قرار است از آن بشود از بین می‌رود یا باقی می‌ماند و پاسخ این پرسش است که باید مبنای حکم به بطلان یا صحت اجاره قرار گیرد.

بنابراین، اجارهٔ شمع برای سوزاندن یا میوه برای خوردن باطل است و اجارهٔ آنها برای نمایش دادن درست. همچنین، اجارهٔ پول برای خرج کردن امکان ندارد، چون خرج پول با از دست دادن آن ملازمه دارد. ولی، هرگاه صرافی برای افتتاح نمایشگاه خود مقداری پول اجاره کند، قرارداد نافذ است.[۱]

ب : *منفعت مورد اجاره باید ملک موجر باشد*

۱۵۷. اجارهٔ فضولی :

موجر باید مالک منفعتی باشد که واگذار می‌کند، ولی لازم نیست که مالک عین هم باشد (مادهٔ ۴۷۳ ق.م.) زیرا، آنچه در این عقد موضوع مبادله قرار می‌گیرد، منافع مال است نه خود آن. به بیان دیگر، موجر سلطهٔ خود را در انتفاع از مورد اجاره به مستأجر انتقال می‌دهد، پس کافی است که این سلطه را دارا باشد، خواه بر مال دیگری یا بر مال خود.

اجارهٔ فضولی تابع قواعد مربوط به معاملهٔ به مال غیر است و به همین جهت عدم نفوذ آن ویژهٔ موردی است که منفعت عین معین واگذار شده باشد. در مورد اجارهٔ کلی،

۱. سایر نویسندگان حقوق مدنی نیز این نظر را تأیید کرده‌اند: مصطفی عدل، ص ۳۳۰، محمد بروجردی عبده، ص ۲۷۵ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۵ ـ همچنین در فقه، رک. سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۲۲۹.

چون در اثر عقد مستأجر حق عینی بر هیچ مالی پیدا نمی‌کند، موجر می‌تواند تعهد به تملیک منفعت مالی کند که افراد آن به دیگری تعلق دارد: برای مثال، اگر گاراژداری بلیط مسافرت با اتوبوسی را بدون تعیین فرد آن به مسافری بفروشد و در زمان فروش بلیط مالک هیچ اتوبوسی نباشد، اجاره را نباید فضولی پنداشت. زیرا، فروشنده می‌تواند یکی از مصداق‌های مورد اجاره را تهیه و برای انتفاع به مستأجر تسلیم کند و کافی است مالک منفعت مالی باشد که به مستأجر می‌دهد.

انتخاب فردی هم که به دیگری تعلق دارد اجاره را فضولی و غیرنافذ نمی‌کند. زیرا، موجری که مال دیگری را در مقام وفای به عهد و انتخاب مصداقی از کلی به مستأجر می‌دهد، در واقع به عهد خود دربارهٔ تملیک منفعت وفا نکرده است و می‌توان الزام او را از دادگاه خواست.

۱۵۸. انتقال منفعت به وسیلهٔ مستأجر :

انتقال منفعت را با انتقال اجاره نباید مخلوط کرد :

۱. در موردی که مستأجر تمام یا بخشی از عین را اجاره می‌دهد، در واقع منفعت ملکی خویش را واگذار می‌کند و رابطهٔ قراردادی میان او و مستأجر دوم برقرار می‌شود و موجر در این قرارداد دخالت ندارد و به رابطهٔ او با مستأجر نخست صدمه نمی‌خورد.

۲. در انتقال اجاره به دیگری، مستأجر جدید جانشین مستأجر پیشین می‌شود و با مالک ارتباط پیدا می‌کند.

از جمله مواردی که موجر تنها مالک منفعت است و عین به دیگری تعلق دارد، موردی است که مستأجر منافعی را که در اثر عقد اجاره مالک شده است به دیگری انتقال می‌دهد. مستأجر مالک منفعت است، و جز در موردی که این حق از او گرفته شده است، مانند هر مالک دیگر می‌تواند در آن تصرف کند یا آنچه را که دارد به وسیلهٔ اجاره به دیگری انتقال دهد. بنابراین، لزومی ندارد که در اجاره‌نامه اختیار مستأجر در انتقال منفعت شرط شود، زیرا عقد اجاره خود این حق را به وجود می‌آورد.

با وجود این، خواهیم دید که قانون روابط موجر و مستأجر در آخرین تحول خود

(۱۳۵۶)، در مورد اجارهٔ محل کسب و پیشه، اصل انتقال‌پذیری را وارونه ساخته و به مستأجر حق انتقال به غیر نداده است، مگر این که موجر با نوشته این حق را به او داده باشد (مادهٔ ۱۰). در قانون مصوب ۱۳۶۲ نیز که ویژهٔ اجارهٔ مسکن است، دفاتر اسناد رسمی را موظف کرده است که در سند اجاره تصریح کنند که مستأجر حق انتقال به غیر را دارد یا ندارد (بند ۵ مادهٔ ۵) و این دستور نشان می‌دهد که قانونگذار به اصل انتقال‌پذیری منفعت به دیگران در اجارهٔ مسکن پای‌بند نیست، زیرا اختیار انتقال مال برای مالک نیاز به تصریح ندارد و از قواعد عمومی مالکیت است. پس، باید پذیرفت که حکم مادهٔ ۴۷۴ ق.م. در اجارهٔ املاک اجرا نمی‌شود و قوانین روابط موجر و مستأجر ناظر به انتقال اجاره است نه انتقال منفعت.

۱۵۹. سلب حق انتقال به غیر از مستأجر :

با این که مالکیت منفعت به مستأجر حق می‌دهد که عین را به دیگری اجاره دهد، نباید چنین پنداشت که این اختیار لازمهٔ مالکیت او و در نتیجه مقتضای عقد اجاره است. قلمرو مالکیت مستأجر بر منافع تابع قرارداد اجاره است و بنابراین حق انتقال به غیر را می‌توان از او سلب کرد؛ چنان که مادهٔ ۴۷۴ قانون مدنی می‌گوید: «**مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد، مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.**»

ولی باید دید اثر این شرط چیست و آیا ضمانت اجرای تجاوز به آن بطلان اجاره‌ای است که از طرف مستأجر داده می‌شود، یا برای موجر ایجاد حق فسخ می‌کند؟

برای یافتن پاسخ درست، باید به عنوان مقدمه مفاد شرط را تحلیل کرد. از این نظر، موانعی که برای مستأجر در واگذاری منفعت یا تسلیم مورد اجاره به دیگری به وجود می‌آید، ممکن است به یکی از این سه صورت باشد:

۱) مباشرت مستأجر در استفاده از منافع شرط شود: یعنی مقصود این باشد که آنچه برای موجر اهمیت دارد انتفاع شخص مستأجر و عدم تصرف دیگری در ملک است، هرچند که منفعت نیز به دیگری منتقل می‌شود. در این صورت، مستأجر می‌تواند منافع را به دیگری

واگذار و خود از آن استفاده کند.

۲) مباشرت مستأجر در استفاده از منافع و مالکیت منافع برای او شرط می‌شود که هم مالک منافع و هم مباشر تصرف باشد: در این حالت، مستأجر نه تنها حق واگذاری منفعت را به دیگری ندارد، نمی‌تواند شخص خارجی را به عنوان نمایندهٔ خود بر مورد اجاره مستولی کند و تخلف از این شرط به موجر حق می‌دهد که اجاره را برهم زند.

۳) به موجب شرط، حق انتقال به غیر از مستأجر گرفته شده ولی تسلیم عین مستأجره به غیر منع نشده است. در این صورت، مستأجر می‌تواند اجاره را خود بپردازد و دیگری را بر مورد اجاره مسلط کند. برای مثال، کارمندی که خانه‌ای را اجاره کرده است به شهر دیگری منتقل می‌شود، ولی چون تا پایان مدت منافع از آن او است، خانه را در اختیار یکی از دوستان یا کسانش می‌گذارد.

در مورد شرط عدم انتقال به غیر نیز باید بین موردی که عدم انتقال به غیر قید اجاره است با موردی که عدم انتقال به غیر شرط در اجاره است تفاوت گذارد. زیرا، در فرض نخست، مالکیت منفعت به طور ناقص واگذار و حق انتقال به غیر از مستأجر سلب شده، پس اگر در چنین حالتی مستأجر مورد اجاره را به دیگری اجاره دهد، عقد نافذ نیست. ولی، در فرض دوم، که مستأجر متعهد شده است از مالکیت کامل خود استفاده نکند و منافع را به دیگری ندهد، اجاره‌ای که برخلاف شرط انجام شده باطل نیست، ولی موجر حق فسخ دارد. این جدایی، از نظر منطقی درست است ولی در عرف حقوقی هر دو به عنوان «انتقال به غیر» شناخته شده است و این دیگر با قاضی است که تشخیص دهد اجاره باطل است یا این که موجر فقط حق فسخ دارد.

۱۶۰. اجارهٔ مبیع شرطی :

در بیع شرط، تا وقتی که عقد بیع در اثر اعمال خیار از طرف بایع فسخ نشده است، مشتری می‌تواند از منافع و نماآت مبیع شرطی استفاده کند. ولی این استفاده، به ویژه در مورد اجاره، باید به گونه‌ای صورت پذیرد که منافی با حقوق بایع نباشد: یعنی، اگر بایع خواست از خیار استفاده کند، اجاره مانع از انتقال نباشد. مادهٔ ۵۰۰ قانون مدنی که می‌گوید: «**در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد**

اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد به وسیلهٔ جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد والّا اجاره تا حدی که منافی با حق بایع باشد باطل خواهد بود» ناظر به همین مورد است.

قانون مدنی در مادهٔ ۵۰۰ اصطلاح (بطلان) را درست به کار نبرده است و شایسته بود عقد را، تنها نسبت به زمان بعد از فسخ غیرنافذ اعلام کند.

ج : مورد اجاره باید معلوم و معین باشد

۱۶۱. لزوم معین بودن مورد اجاره :

مقصود از معین بودن مورد اجاره این است که یکی از دو مال، به طور تردید، موضوع اجاره نباشد (مادهٔ ۴۷۲ ق.م.). ولی، هرگاه تردید بین چند چیز مثلی و مشابه باشد، همچنان که در بیع نیز آمد، نمی‌توان گفت مورد اجاره معین نیست. اجارهٔ مال کلی را نیز نباید نامعین پنداشت، زیرا در این گونه اجاره‌ها تعیین مصداق خارجی مورد اجاره با موجر است.

گذشته از عین مورد اجاره، نوع منفعت نیز باید معین باشد که چه‌گونه از مال بهره‌برداری می‌شود. زیرا، موضوع اصلی عقد اجاره منفعت است و معین بودن مورد اجاره نیز به خاطر این است که منفعت معین باشد: برای مثال، اگر کارگری قالی‌بافی و خیاطی هر دو را بداند و نزد دیگری اجیر شود، یا باید از قراین برآید که برای تمام منافع خود اجیر شده است، یا باید معلوم شود که کارگر صلاحیت انتفاع از کدامین هنر را به طرف قرارداد تملیک کرده است و، در هر حال، نمی‌توان یکی از آن دو را به طور تردید موضوع اجاره قرار داد.

۱۶۲. معلوم بودن مورد اجاره :

نه تنها عین مستأجره باید به وسیلهٔ مشاهده یا بیان معلوم باشد، باید مقدار منفعت نیز مبهم باقی نماند. تعیین مقدار منفعت ممکن است به یکی از راه‌های زیر و به تناسب طبیعت مورد اجاره انجام شود :

۱. **تعیین مدت:** چون منفعت به تدریج از عین به دست می‌آید، راه طبیعی برای تعیین مقدار منفعت اشاره به مدتی است که در طول آن می‌توان از عین استفاده کرد و به همین دلیل قانون مدنی مجهول بودن مدت اجاره را از موارد بطلان اجاره دانسته است (مواد ۴۶۸ و ۵۰۷ و ۵۱۴). چگونگی تعیین مدت به روز و ماه و سال در اختیار دو طرف است. برای مثال، خانه‌ای برای مدت یک سال به اجاره داده می‌شود (اجارهٔ اشیاء) یا گاوی را برای شخم و شیار زمین یک ماه به اجاره می‌دهند (اجارهٔ حیوان) یا کارگری برای مدت یک روز اجیر می‌شود که زمینی را بکند و مهندسی با صاحب کارخانه قرار می‌گذارد که سرپرستی کارخانه تا پنج سال به عهدهٔ او باشد (اجارهٔ انسان).

بر طبق مادهٔ ۴۶۹ قانون مدنی: «**مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است**». پس، اگر اتومبیلی به مدت یک هفته اجاره داده شود، و آغاز استفاده به طور صریح یا ضمنی معین نباشد، ابتدا روز عقد است.

۲. **تعیین مسافت:** گاه در قرارداد به مدتی که از مورد اجاره استفاده می‌شود به طور فرعی نظر می‌شود و مقصود اصلی پیمودن مسافت معینی به وسیلهٔ ماشین یا حیوان است. در این گونه موارد، تعیین منفعت با تعیین آن مسافت، یا اشاره به محلی که باید رفت، انجام می‌شود؛ چنان که اتومبیلی را برای رفتن به شیراز اجاره می‌کنند یا حیوانی را اجاره می‌دهند که باری را تا ده فرسنگی تهران ببرد.

قانون مدنی، در مورد اجارهٔ حیوان، تعیین راکب یا محمول را در این فرض لازم می‌داند و مادهٔ ۵۰۸ در این باب می‌گوید: «**در موردی که منفعت به بیان مدت اجاره معلوم شود، تعیین راکب یا محمول لازم نیست ولی مستأجر نمی‌تواند زیاده بر مقدار متعارف حمل کند و اگر منفعت به بیان مسافت و محل معین شده باشد تعیین راکب یا محمول لازم است**».

علت لزوم تعیین راکب یا محمول این است که، مقدار منفعتی که از حیوان در این مورد خاص برده می‌شود، تنها به طول مسافت بستگی ندارد؛ به مقدار بار یا شمار راکبان نیز وابسته است؛ چنان که نمی‌توان ادعا کرد که در حمل ۵۰ یا ۲۰۰ کیلو بار به مسافت

چهار کیلومتر استیفای از منافع حیوان یکسان است، پس برای تعیین منفعت ناچار به این عامل نیز باید اشاره شود.

با این که مادهٔ ۵۰۸ قانون مدنی دربارهٔ اجارهٔ حیوان است، از حکم آن در مورد اجارهٔ اتومبیل و هواپیما و کشتی نیز می‌توان استفاده کرد. زیرا، اگر دلیل لزوم اشاره به راکب و محمول تعیین عرفی مقدار منفعت باشد، این دلیل در اجارهٔ اتومبیل نیز وجود دارد. منتها، باید افزود که در بسیاری موارد عرف جانشین ارادهٔ دو طرف می‌شود و لزومی برای تصریح آنان باقی نمی‌گذارد. برای مثال، اگر اتومبیل سواری که ظرفیت چهار مسافر دارد از تهران برای رفتن به کرج کرایه شود، در نظر عرف معلوم است که شمار مسافران چند نفر باید باشد و اینان چه نوع و چه مقدار بار می‌توانند با خود ببرند و عدم تصریح در عقد موجب ابهام مورد اجاره و بطلان عقد نمی‌شود.

۳. انجام دادن امر معین: از این راه به طور معمول در اجارهٔ انسان استفاده می‌شود (مادهٔ ۵۱۴ ق.م.)؛ چنان که ممکن است شخصی اجیر دیگری شود که پل یا ساختمان معینی را بسازد یا باری را به وسیلهٔ کشتی یا هواپیما از محلی به محل دیگر ببرد (مادهٔ ۵۱۶). ولی، گاه برای تعیین منفعت در اجارهٔ اشیاء نیز به کار می‌رود، مانند این که، تراکتوری برای خاک‌برداری یا شیار قطعه زمینی اجاره داده می‌شود.

در این گونه موارد، عادت‌ها و رسوم تجارتی در هر مورد محترم است، زیرا هدف نهایی تعیین منفعت مورد اجاره است. پس، با توجه به رسوم و عادتی که دو طرف عقد بدان پای‌بند هستند، دادرس باید تمیز دهد که آیا مقدار این منفعت معین شده است یا نه؟

۱۶۳. حکم مواد ۵۰۲ و ۵۱۵ قانون مدنی :

در مواردی که مستأجر دربارهٔ مدت استفاده از مورد اجاره تصمیم قطعی ندارد و هنوز نمی‌داند که تا چه مدت می‌تواند از آن استفاده کند، رسمی است که کرایه را برای کمترین مدتی که عرف برای تعیین اجاره مقرر داشته معین می‌سازند و دیگر سخنی از تمام مدت اجاره به میان نمی‌آورند.

در واقع، مبلغ کرایه را برای واحد زمانی که در عرف برای اجاره وجود دارد معین می‌سازند و دربارهٔ ادامهٔ استفاده از عین مستأجره سکوت می‌کنند: برای مثال، شخصی

برای کرایهٔ اطاقی به صاحب منزلی رجوع می‌کند؛ به درستی نمی‌داند که تا چه مدت در آن اطاق می‌ماند؛ در عرف نیز کرایه اطاق‌ها را ماهیانه معین می‌کنند؛ پس، اینان نیز دربارهٔ میزان کرایهٔ اطاق در یک ماه توافق می‌کنند و بر همین مبنا مستأجر در اطاق ساکن می‌شود. یا مسافری به قصد گردش به شهری وارد می‌شود و اطاقی در مهمانخانه اجاره می‌کند؛ دو طرف فقط در باب کرایهٔ اطاق در هر روز توافق می‌کنند و دربارهٔ تمام مدت اجاره سخنی نمی‌گویند.

حال این پرسش به میان می‌آید که، آیا می‌توان توافق این اشخاص راکه در عرف نیز محترم شمرده شده نادیده گرفت و اجاره را به دلیل مجهول بودن مدت باطل دانست، یا باید آن را نافذ شناخت؟ و در مرحلهٔ دوم، اگر این توافق محترم است نفوذ آن را بر چه مبنای حقوقی باید استوار کرد؟

مادهٔ ۵۰۱ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**اگر در عقد اجاره مدت به طور صریح ذکر نشده و مال‌الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدتهای مزبور، در تصرف خود نگاهدارد و موجر هم تخلیهٔ ید او را نخواهد، موجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود**» و مادهٔ ۵۱۵ نیز مانند همین حکم را در اجارهٔ اشخاص تکرار می‌کند.

پس، باید میان دو مرحله از این تراضی تفاوت گذارد:

۱) اجاره برای مدت یک ماه واقع می‌شود؛ عقدی است لازم که تمام آثار اجارهٔ درست را دارد و هیچکدام از موجر و مستأجر حق فسخ را ندارد.

۲) پس از یک ماه اجاره پایان می‌پذیرد، ولی فرض این است که مستأجر همچنان به سکونت خود در اطاق ادامه می‌دهد: یعنی بدین وسیله اعلام می‌کند که حاضر است در برابر استفادهٔ از اطاق ماهیانه اجاره بهای مورد توافق را بپردازد. مالک نیز در برابر این وضع سکوت می‌کند. این سکوت در واقع امضای کار مستأجر است و قانونگذار نیز آن را نوعی اعلام اراده شمرده است. با این همه، موضوع توافق این دو نمی‌تواند عقد اجاره

باشد، زیرا اجاره بدون تعیین مدت باطل است. پس، ناچار باید گفت که این توافق نوعی قرارداد خصوصی دربارهٔ انتفاع است که به موجب آن، اگر مستأجر به سکونت خود ادامه دهد، در برابر آن باید همان مبلغ را بپردازد.

د : قدرت بر تسلیم و مشروع بودن منفعت

۱۶۴. قدرت بر تسلیم :

هدف اصلی از عقد اجاره این است که مورد اجاره به مستأجر داده شود تا از منافع آن بهره‌مند شود. بنابراین، در عقد اجاره نیز، مانند بیع، قدرت بر تسلیم مورد اجاره شرط درستی عقد است و همان فروعی که در بیع گفته شد در این جا هم مطرح می‌شود (مادهٔ ۴۷۰ قانون مدنی). علاوه بر قدرت تسلیم، باید امکان بهره‌برداری از مورد اجاره نیز، چنان که دو طرف اراده کرده‌اند، موجود باشد.

مادهٔ ۴۷۷ قانون مدنی در این زمینه می‌گوید: «موجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبه را از آن بکند». بنابراین، اگر قناتی به اجاره واگذار شود و در حین تسلیم قنات خشک شده باشد، اجاره باطل است. همچنین، هرگاه حمل کالایی به خارج از کشور به شرکت هواپیمایی واگذار شود و کالا پیش از حمل بسوزد یا حمل کالا به خارج ممنوع شود اجاره نیز منحل می‌شود. منتها، باید دانست که مقصود مادهٔ ۴۷۷ این است که عدم اجرای اجاره به دلایل خارجی ممکن نباشد وگرنه، هرگاه به دلیل بیماری و حجر و ورشکستگی، مستأجر نتواند استفادهٔ مطلوب را از عین ببرد، اجاره باطل نیست.

ویژگی عقد اجاره در این است که، به دلیل ارتباط موضوع آن با عامل زمان، قابلیت انتفاع از عین تا پایان مدت اجاره شرط است و در نفوذ و بقای عقد اثر می‌گذارد و ما این آثار را در بخش مربوط به تسلیم مورد اجاره، به عنوان تکلیف موجر خواهیم دید.[1]

۱. رک. ش ۱۶۶ به بعد.

۱۶۵. مشروع بودن منفعت :

منفعتی که در اثر اجاره به مستأجر منتقل می‌شود باید مشروع باشد. پس، اگر شخصی به استخدام دیگری درآید که به فرمان او به دیگران آسیب رساند، این قرارداد درست نیست. همچنین، هرگاه منفعت مشروع مالی به دیگری واگذار شود و او از منافع نامشروع آن بهره‌برداری کند، مانند این که خانه‌ای را که برای سکونت اجاره کرده به قمارخانه تبدیل کند، موجر می‌تواند اجاره را فسخ و تخلیهٔ عین مستأجره را بخواهد (بند ۶ از مادهٔ ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب خرداد ۵۶).

مبحث دوم: آثار اجاره

۱۶۶. اجاره عقدی است لازم :

عقد اجاره لازم است و تا زمانی که مدت آن پایان نیافته است، نه موجر حق دارد تخلیهٔ مورد اجاره را بخواهد و نه مستأجر حق دارد اجاره را فسخ کند. بنابراین، اگر مستأجری برای مدت یک سال خانه‌ای را اجاره کند و پس از شش ماه آن را تخلیه کند، هرگاه موجر راضی به انحلال اجاره نباشد، باید اجاره را تا پایان یک سال بپردازد. انحلال اجاره در این مدت تنها در مواردی ممکن است که قانون به یکی از دو طرف حق فسخ دهد، یا مالک و مستأجر در انحلال اجاره با هم توافق کنند (اقاله).

از آثار مهم لزوم عقد این است که به فوت یا حجر موجر و مستأجر باطل نمی‌شود؛ چنان که مادهٔ ۴۹۷ در این باره می‌گوید: «عقد اجاره به واسطه فوت موجر و مستأجر باطل نمی‌شود...». در مادهٔ ۴۹۷ ق.م. دو مورد از قاعدهٔ «بقای اجاره در صورت مرگ یکی از دو طرف» استثناء شده است، ولی هیچ‌کدام با لزوم عقد اجاره منافات ندارد:

۱) صورتی که موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است، که در این حالت اجاره به فوت موجر باطل می‌شود.

۲) صورتی که شرط مباشرت مستأجر شده باشد، که فوت او از موارد انحلال اجاره است.

۱۶۷. تملیک منفعت و عوض :

گفته شد که عقد اجاره در زمرهٔ عقود تملیکی است نه عهدی، یعنی اگر مورد آن عین معین باشد، تمام منفعت از آن مستأجر می‌شود و او می‌تواند به عنوان مالک در آن تصرف کند.

همچنین، در اثر عقد اجاره تمام عوض نیز به ملکیت موجر درمی‌آید و او می‌تواند آن را یکجا مطالبه کند. منتها، چون مالکیت قطعی موجر منوط بر اینست که مستأجر بتواند از همهٔ منافعی که انتقال گرفته است استفاده کند، هرگاه در خلال اجاره منافع از بین برود و مستأجر نتواند استفادهٔ مطلوب را از آن ببرد، حق دارد اجاره هایی را که برای زمان آینده پرداخته است پس بگیرد (مواد ۴۸۱ و ۴۸۳ ق.م. و بند ۴ مادهٔ ۱۳ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶).

گفتار نخست : تعهدهای موجر

۱۶۸. تعهدهای اصلی :

تکالیفی که موجر در اثر عقد اجاره پیدا می‌کند در سه تعهد خلاصه می‌شود:

۱) تسلیم مورد اجاره؛

۲) انجام تعمیرات و تحمل مخارج مورد اجاره؛

۳) خودداری از تغییری که با مقصود از استیجار منافی باشد.

اجرای هریک از این تکلیف‌ها مسائل و احکام ویژه‌ای دارد که جداگانه و در سه بخش مطالعه می‌شود.

الف : تسلیم مورد اجاره

۱۶۹. لزوم تسلیم عین و ضمانت اجرای آن :

برای این که مستأجر بتواند در منافعی که به او تملیک شده است تصرف کند، باید

مورد اجاره را در اختیار داشته باشد و این امر به طور معمول با تسلیم عین به او ملازمه دارد. پس، طبیعی است که قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط درستی عقد باشد. در عقد اجاره، شخصی که مالی را به اجاره می‌دهد در ضمن ملتزم می‌شود که آن مال را در اختیار مستأجر گذارد و اگر به این التزام عمل نکند مستأجر حق دارد:

۱) از تسلیم اجاره‌بها امتناع کند، زیرا تا زمانی که عین مورد اجاره به مستأجر تسلیم نشده منفعت نیز به قبض او در نیامده است و در نتیجه مستأجر می‌تواند از حق حبس استفاده کند و ایفای به عهد را موکول به اجرای تعهد موجر در باب تسلیم منفعت سازد.

۲) الزام موجر را به تسلیم از دادگاه بخواهد و در صورتی که اجبار او به دلیلی ممکن نباشد اجاره را فسخ کند؛ چنان که مادهٔ ۴۷۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع، موجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار مستأجر خیار فسخ دارد**».

در صورتی که عین مستأجره پیش از تسلیم تلف شود، اجاره نسبت به آینده باطل خواهد شد، ولی این حادثه عقد را نسبت به منافع گذشته باطل نمی‌کند. زیرا، همچنان که در تلف مبیع پیش از تسلیم گفته شد، انفساخ عقد با قواعد معاوضه موافق است و به عنوان حکم کلی در همهٔ عقود معوض اجرا می‌شود (ش ۹۹). منتها، در اجاره، که منفعت تا زمانی که عین باقی است همراه آن وجود دارد، تلف عین در زمان اجاره نشان می‌دهد که منفعت نسبت به بقیهٔ مدت از آغاز موجود نبوده است.

۱۷۰. محل تسلیم :

در اجارهٔ املاک، طبیعت تسلیم ایجاب می‌کند که در محل مورد اجاره صورت پذیرد، مگر این که تسلیم آن در دید عرف درمحل دیگر ممکن باشد: مانند تسلیم سند مالکیت زمین، و دادن کلید آپارتمان که باید در محل وقوع اجاره باشد.

در اجارهٔ اموال قانون مدنی حکم ویژه‌ای ندارد. پس، با توجه به ملاک مادهٔ ۳۷۵ ق.م. در بیع، باید محل وقوع عقد را به عنوان قاعده، محل تسلیم شمرد.

۱۷۱. تسلیم عین به منظور انتفاع :

در مادهٔ ۴۷۷ قانون مدنی می‌خوانیم: «**موجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوبه از آن را بکند**». بنابراین، اگر مورد اجاره اتومبیلی باشد و موجر آن را با نقص فنی تحویل دهد، به گونه‌ای که اتومبیل حرکت نکند، تسلیم انجام نشده و موجر به تعهد خود وفا نکرده است.

همچنین، مفهوم تسلیم در صورتی تحقق می‌یابد که شخص موجر یا دیگران مزاحم تصرف مستأجر نباشند. هیچ‌کس عینی را با فرض وجود مزاحم اجاره نمی‌کند و استفادهٔ مطلوب را در صورتی می‌برد که در انتفاع از آن آسوده خاطر باشد. با تملیک منافع، اجاره پایان نمی‌پذیرد؛ موجر موظف می‌شود که امکان استفاده از مورد اجاره را برای مستأجر فراهم آورد. پس، اگر به این تعهد وفا نکند و خود مزاحم مستأجر شود یا نتواند مزاحمت دیگران را دفع کند، مستأجر نیز به پیمان خود پای‌بند نمی‌ماند و اختیار پیدا می‌کند که آن را بر هم زند.

منتها، باید این نکته را نیز به خاطر سپرد که وظیفهٔ موجر پس از تسلیم عین و فراهم آوردن وسایل انتفاع پایان می‌پذیرد. از این پس، هرگاه کسی مزاحم کار مستأجر شود یا عین را به زور از او بگیرد، مستأجر نیز، مانند هر مالک دیگر، باید از منافع خویش دفاع کند.

۱۷۲. مزاحمت اشخاص ثالث :

در مادهٔ ۴۸۸ ق.م.، مزاحمت شخص ثالث در دو فرض پیش‌بینی شده است: ۱) پیش از قبض ۲) بعد از قبض.

۱. مزاحمت پیش از قبض: مزاحمت پیش از قبض، یا همراه با ادعای حق و طرح دعوا است، یا به صورت ایجاد مانع برای تسلیم.

۱) در صورتی که شخص خارجی داشتن حقی را در مورد اجاره ادعا کند، مانند این که مدعی شود او مالک عین یا منافع است و موجر و مستأجر حق او را غصب کرده‌اند، باید دعوای تخلیه را بر هر دو نفر اقامه کند. زیرا، برای این که مدعی در درخواست

تخلیه پیروز شود، ناچار باید، به عنوان مقدمه، حق خویش را بر مورد اجاره ثابت کند. اثبات این مقدمه به زیان مالک است و رسیدن به خواسته به زیان مستأجر. وانگهی، مستأجر در تصرف خود دو عنوان اصیل و امین موجر را با هم دارد. زیرا، در عین حال که مالک منافع است، به عنوان امین و نمایندهٔ موجر نیز نگاهداری عین را به عهده دارد. اگر دعوای خلع ید تنها بر موجر اقامه شود، متصرف از حق دفاع محروم می‌ماند، و هرگاه مستأجر به تنهایی طرف قرار گیرد، امکان دفاع از مالک سلب می‌شود. پس، باید پذیرفت که هرگاه یکی از موجر یا مستأجر طرف دعوا قرار گیرد، دادگاه باید قرار عدم استماع دعوا را بدهد (مادهٔ ۴۸۹ ق.م.).

۲) هرگاه مزاحمت عملی باشد، یعنی شخص ثالث بی‌آنکه در دادگاه اقامهٔ دعوا بکند بخواهد به زور مانع از تسلط مستأجر یا مزاحم تصرفات او شود، مستأجر می‌تواند یکی از دو راه را انتخاب کند: یا اجاره را بر هم زند، یا برای رفع مزاحمت و گرفتن اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند. امکان رجوع مستأجر به مزاحم نتیجهٔ تملیکی بودن عقد اجاره است زیرا، بنابراین فرض، حق مستأجر بر مورد اجاره حق عینی و در برابر هر متجاوزی قابل استناد است.

مقصود از مزاحمت مستأجر در این حالت، ایجاد مانع برای تسلیم عین مستأجره به او است، زیرا فرض این است که عین هنوز به او تسلیم نشده و مزاحم به طور مستقیم با مستأجر روبرو نیست.

۲. **مزاحمت پس از قبض**: در صورتی که مزاحمت بعد از تسلیم انجام شود و مزاحم مدعی حقی باشد، باز هم باید بر موجر و مستأجر هر دو اقامهٔ دعوا کند و از این حیث تفاوتی با فرض نخست ندارد. ولی، هرگاه مزاحمت عملی باشد، مستأجر دیگر حق فسخ ندارد و تنها می‌تواند به مزاحم رجوع کند. این حکم نیز یکی دیگر از نتایج تملیکی بودن عقد اجاره است. زیرا، اگر نتیجهٔ اجاره ایجاد رابطهٔ دینی بین موجر و مستأجر باشد، به هیچ منطقی نمی‌توان عدم امکان فسخ اجاره و رجوع به موجر را توجیه کرد.

۱۷۳. از بین رفتن قابلیت انتفاع عین :

احکامی که دربارهٔ ایجاد مزاحمت پس از قبض گفته شد، ناظر به موردی است که مزاحم بدون داشتن حقی عین را غصب کند، و در این فرض است که مستأجر باید به مزاحم رجوع کند و حق بر هم زدن اجاره را ندارد. ولی، هرگاه تصرف مشروع دیگران در ملک خود موقعیت مورد اجاره را چنان دگرگون سازد که دیگر قابل استفادهٔ منظور در اجاره نباشد، مستأجر حق فسخ دارد. برای مثال، اگر ساختمانی در بیرون شهر برای ایجاد بیمارستان و استراحت بیماران اجاره داده شود و هنگام تسلیم نیز از حیث آرامش محلی قابل استفاده باشد، ولی پس از چندی در کنار باغ بیمارستان سربازخانه ایجاد شود یا میدان تیر ارتش گردد، مستأجر دیگر نمی‌تواند استفادهٔ مطلوب را از عین ببرد و، چون رجوع او به همسایه نیز امکان ندارد، ناچار حق فسخ اجاره را پیدا می‌کند.

مادهٔ ۴۸۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «**هرگاه عین مستأجره به واسطهٔ عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می‌شود**». حکم ماده ناظر به عیب خود عین است نه موقعیت خارجی آن. ولی از روح ماده چنین بر می‌آید که قانونگذار نخواسته است، جایی که انتفاع منظور در عقد را نمی‌توان از مورد اجاره برد، مستأجر را موظف به پرداختن اجاره‌بها سازد. بنابراین، در فرض ما، که عین مستأجره به کلی قابلیت انتفاع را از دست نداده است، دست کم برای جلوگیری از ضرر مستأجر، باید به او حق داد که اجاره را فسخ کند. حتی اعتقاد به انحلال عقد را نیز در حالتی که مقصود اساسی از عقد اجاره ناممکن شده است، نباید مردود شناخت. زیرا، وقتی انتفاع منظور در عقد از مورد اجاره امکان ندارد، سایر منافع نمی‌تواند جایگزین آن شود: چنان که دیوان کشور، در حکم شمارهٔ ۶۴۴ ـ ۱۷/۳/۱۱ شعبهٔ ۴، در موردی که شهرداری شغل زهتابی را که مستأجر به آن اشتغال داشته ممنوع کرده است، اجاره را منفسخ دانسته و در توجیه نظر خود گفته است: «از مواد ۴۷۱ و ۴۸۱ و ۴۹۶ و مواد دیگری که در نظایر اجاره، مثل مزارعه و غیره، مقرر شده استفاده می‌شود که عین مستأجره تا آخر مدت اجاره باید به قابلیت انتفاع باقی باشد و در صورتی که از ابتداء قابل انتفاع بوده و در اثناء مدت از

قابلیت انتفاع افتاده باشد، از آن زمان به بعد، اجاره منفسخ می‌شود...[۱]».

ب : تعمیر عین و تحمل مخارج

۱۷۴. مبنای تعهد موجر :

بر طبق مادهٔ ۴۸۶ قانون مدنی: **«تعمیرات و کلیهٔ مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است به عهدهٔ مالک است، مگر آنکه شرط خلاف شده یا عرف بلد برخلاف آن جاری باشد و همچنین است آلات و ادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم باشد».** بنابراین، برخلاف آنچه در حق انتفاع گفته می‌شود (مادهٔ ۴۹ ق.م.)[۲]، در اجاره، بین هزینه‌های لازم برای نگاهداری عین و مخارج مربوط به انتفاع تفاوت گذارده نشده و همه بر عهدهٔ موجر است. مبنای تعهد موجر این است که، چون او در برابر گرفتن اجاره ملتزم شده است که قابلیت انتفاع از عین را در اختیار مستأجر گذارد، به عنوان لازمه و مقدمهٔ این التزام، باید تعمیرات و مخارج لازم را نیز به عهده بگیرد. ولی، همان‌طور که در متن ماده آمده است، این قاعده در زمرهٔ قواعد تکمیلی است نه امری: یعنی دو طرف می‌توانند، به هر ترتیب که صلاح می‌دانند، در اجاره شرط خلاف کنند و، اگر عرف نیز حکمی برخلاف مادهٔ ۴۸۶ داشته باشد، حکم عرف مقدم است. برای مثال، با اینکه آب در حمام لازمهٔ استفادهٔ از آن است، چون عرف اقتضا می‌کند که آب حمام را مستأجر تهیه کند، اگر در اجارهٔ حمام تصریح نشود که تهیهٔ آب با کیست، نمی‌توان به استناد مادهٔ ۴۸۶ آن را به عهدهٔ موجر دانست. همچنین است پرداخت پول برق و آب در اجارهٔ محل‌های مسکونی.

۱۷۵. حدود این تعهد :

تعهد موجر در انجام تعمیرات لازم برای نگاهداری عین، تا جایی است که بتوان

۱. احمد متین، مجموعهٔ رویهٔ قضایی، بخش حقوقی، از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۱۵.
۲. دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۲۳۱.

مورد اجاره را با تحمل هزینه‌های متعارف برای انتفاع آماده نگاهداشت. اگر عین مستأجره، در نتیجهٔ حوادث خارجی یا فرسودگی، از بین برود یا ناچار به خراب کردن آن شوند، موجر وظیفه‌ای در تجدید بنای آن ندارد؛ چنان که مادهٔ ۴۹۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**عقد اجاره به واسطهٔ تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود...**» ولی، هرگاه مورد اجاره را موجر خراب کرده باشد باید آن را به مثل صورت اول درآورد (مستفاد از مادهٔ ۴۸۴).

۱۷۶. چگونگی اجرای تعهد :

ممکن است در عقد اجاره به مستأجر نمایندگی داده شود که تعمیرات لازم را انجام دهد و مخارج را از اجاره کسر بگذارد. ولی، در صورتی که چنین نمایندگی داده نشده باشد و موجر به تکلیف خود در باب تعمیر مورد اجاره عمل نکند، مستأجر می‌تواند الزام او را از دادگاه بخواهد. دادگاه موجر را به تعمیر محکوم می‌کند و، هرگاه از اجرای حکم امتناع ورزد، با فروش سایر اموال موجر یا استفاده از اجاره‌بها، وسایل اجرای حکم فراهم می‌شود و موجر باید زیان‌های ناشی از تقصیر خود را نیز جبران کند. حل اختلاف در باب لزوم تقصیر و چگونگی انجام آن با دادگاه است که، در صورت فوری بودن کار، دستور موقت لازم را صادر می‌کند. ولی، هیچ‌گاه مستأجر نمی‌تواند، بنا به تشخیص خود، تعمیراتی را که لازم می‌بیند در عین مستأجره انجام دهد: چنان که مادهٔ ۵۰۲ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**اگر مستأجر بدون اذن موجر تعمیراتی نماید حق مطالبهٔ قیمت آن را نخواهد داشت**».

ج : خودداری از تغییر عین

۱۷۷. آماده نگاهداشتن عین برای انتفاع :

روابط موجر و مستأجر با تملیک منافع پایان نمی‌یابد. موجر در صورتی به طور قطع نسبت به اجاره‌بها حق پیدا می‌کند که عین را آمادهٔ انتفاع نگاهدارد. او نه فقط مکلف است که تعمیر لازم را به هزینهٔ خود انجام دهد، باید از تعمیر غیرضروری و تغییر عین

پرهیز کند. زیرا چنین اعمالی مانع از بهره‌برداری مستأجر می‌شود و نوعی مزاحمت است.

مادهٔ ۴۸۴ قانون مدنی، در مقام بیان همین تکالیف، مقرر می‌دارد: «**موجر نمی‌تواند در مدت اجاره در عین مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد**».

بنابراین، موجر نمی‌تواند، برخلاف تعهدی که دربارهٔ منتفع ساختن مستأجر از مورد اجاره و عدم مزاحمت او دارد، در عین مستأجره تغییری دهد که بهره‌برداری مستأجر را غیرممکن سازد. به عنوان مثال، نمی‌تواند سقف سرایی را که به اجاره داده بردارد یا پنجره‌های خانه را مسدود سازد، یا راه آب باغ را منحرف سازد... و مانند اینها.

۱۷۸. تعمیر و تغییر ضروری :

هرگاه خودداری موجر از پاره‌ای تغییرها باعث خرابی عین و ضرر او شود، و برای مثال، سقف اطاق‌ها یا پی ساختمان نیاز به تعمیری پیدا کند که اگر به فوریت انجام نشود خسارات کلی به بار می‌آورد، بر فرض که تعمیر ضروری نیز مانع انتفاع مستأجر شود، نمی‌توان مانع موجر شد. زیرا، در اثر تعارض دو ضرر (مالک و مستأجر) هر دو ساقط می‌شود و، بر طبق قاعدهٔ تسلیط، مالک می‌تواند در عین مال خود تصرف کند. منتها، برای اینکه مستأجر نیز زیان بیهوده‌ای نبرد، قانونگذار به او حق فسخ اجاره را داده است. مادهٔ ۴۸۵ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**اگر در مدت اجاره در عین مستأجره تعمیراتی لازم آید که تأخیر در آن موجب ضرر موجر باشد، مستأجر نمی‌تواند مانع تعمیرات مزبوره گردد، اگرچه در مدت تمام یا قسمتی از زمان تعمیر نتواند از عین مستأجره کلاً یا بعضاً استفاده نماید، در این صورت حق فسخ اجاره را خواهد داشت**».

تمیز ضروری بودن تعمیر و رفع ممانعت نابجای مستأجر با دادگاه است و موجر حق ندارد دادرس کار خود شود و به استناد مادهٔ ۴۸۵ عین مورد اجاره را خراب کند.

۱۷۹. انتقال عین مستأجره :

منظور از تغییری که مادهٔ ۴۸۴ به آن اشاره کرده تغییرهای مادی است نه حقوقی.

بنابراین، انتقال مورد اجاره به دیگری حق فسخ به مستأجر نمی‌دهد؛ چنان که مادهٔ ۴۹۸ قانون مدنی، برای رفع هرگونه توهم، در این باره می‌گوید: «اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود، اجاره به حال خود باقی است...». با وجود این، جایی که مستأجر مایل است تنها با شخص موجر طرف قرارداد باشد، می‌تواند حق فسخ اجاره را در صورت انتقال عین برای خود محفوظ دارد. بدین ترتیب، هرگاه مورد اجاره به کسی انتقال یابد که با نظر مستأجر مخالف است، می‌تواند به عنوان خیار تخلف از شرط اجاره را فسخ کند.

حال باید دید آیا موجر نیز می‌تواند حق فسخ اجاره را در صورت انتقال برای خود شرط کند؟ قانون مدنی این شرط را نافذ می‌داند، چنان که در پایان مادهٔ ۴۹۸ آمده است: **«مگر اینکه موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد»** ولی، خواهیم دید که قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ در مورد محل کسب چنین شرطی را مجاز نشمرده است.

گفتار دوم : تعهدهای مستأجر

۱۸۰. تعهدهای اصلی :

مستأجر در برابر موجر سه تعهد اصلی دارد: ۱) پرداختن اجاره‌بها ۲) خودداری از تعدی و تفریط ۳) تغییر ندادن مصرف مورد اجاره (مادهٔ ۴۹۰ ق.م.).

الف : پرداختن اجاره‌بها

۱۸۱. تعیین میزان اجاره :

مالک و مستأجر در تعیین میزان اجاره آزادی دارند. اجاره‌ای که مورد توافق قرار گرفته است در زبان حقوقی «اجرت‌المسمی» یا «اجاره‌بها» نامیده می‌شود: مقدار اجرت‌المسمی تا پایان مدت اجاره تغییرناپذیر است و دو طرف حق ندارند، به بهانهٔ کم و زیاد شدن هزینهٔ زندگی، درخواست تعدیل آن را بکنند. ولی، هرگاه پس از پایان مدت مستأجر به تصرف خود در مورد اجاره ادامه دهد، هیچ‌یک از موجر و مستأجر پای‌بند به

توافق گذشته نیست. فرض این است که در این باره پیمانی وجود ندارد، پس ناچار مستأجر باید بدل منافی را که استیفا کرده یا از بین برده است به موجر بدهد. این بدل قیمت واقعی منافعی در بازار است و، چون با ملاحظهٔ اجارهٔ امثال مورد اجاره تعیین می‌شود، آن را «اجرت‌المثل» یا «بهره‌بها» می‌گویند.

با وجود این، هرگاه مستأجر با رضای موجر به تصرف خود پس از پایان اجاره نیز ادامه دهد، ظاهر این است که دو طرف خواسته‌اند «اجرت‌المثل» برابر با «اجرت‌المسمی» باشد: یعنی اجاره به همان قیمت سابق خود ادامه یابد (مستفاد از مادهٔ ۵۰۱ ق.م.). پس، تا زمانی که یکی از آن دو ارادهٔ خود را دربارهٔ فسخ این رابطه اعلام نکرده است، دو طرف به این پیمان ضمنی پای‌بند هستند.

در صورت اختلاف دربارهٔ میزان اجاره، مدعی موجر است که مبلغ زیادتری را ادعا می‌کند؛ گفتهٔ مستأجر با «اصل عدم» موافق است و نیازی به اثبات ندارد.

۱۸۲. موعد پرداخت اجاره :

پس از وقوع اجاره، منافع عین به مستأجر تملیک می‌شود. تسلیم عین نیز در نظر عرف به منزلهٔ تسلیم منافع است. پس، همین که عین مورد اجاره در اختیار مستأجر قرار گیرد، تعهد موجر به تملیک و تسلیم منفعت انجام شده است و در برابر می‌تواند از مستأجر بخواهد که او هم به تعهد خود در باب پرداختن اجاره‌بها (عوض منافع) عمل کند. تنها با این تحلیل است که می‌توان بند ۳ از مادهٔ ۴۹۰، در باب الزام مستأجر به پرداختن تمام اجاره، را توجیه کرد: در معاملهٔ معوض هریک از دو طرف می‌تواند اجرای تعهد خویش را موکول به ایفای تعهد دیگری کند و، به بیان دیگر، از حق حبس در برابر طرف خود سود می‌برد. بنابراین، در صورتی می‌توان مستأجر را موظف به پرداختن همهٔ اجاره کرد که تمام منفعت به او تسلیم شده باشد.

با وجود این، کمتر اتفاق می‌افتد که موجر و مستأجر ادارهٔ رابطهٔ خود را به قانون واگذار سازند و دربارهٔ چگونگی پرداختن اجاره‌بها قراری نگذارند. مرسوم چنین است که اجاره در املاک شهری، جز در آغاز مدت که چند ماهی از پیش پرداخته می‌شود،

ماهیانه داده شود؛ ولی دو طرف در این باب آزادی کامل دارند؛ چنان که مادهٔ ۴۹۰ نیز در بند سوم می‌گوید: «... **ثالثاً مال‌الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً باید بپردازد.**» پس، اگر خانه‌ای به مدت یک سال اجاره داده شود، موجر می‌تواند بعد از تسلیم خانه اجارهٔ یک سال را از مستأجر بخواهد، مگر این که ترتیب ویژه‌ای در عقد مقرر شده باشد. ولی باید دانست که شرط تأجیل در صورتی نافذ است که مضبوط باشد و احتمال کم و زیاد در آن نرود، وگرنه شرط مجهولی است که طرفین را پای‌بند نمی‌سازد و اجاره را مؤجل نمی‌کند[1].

این قاعدهٔ عمومی، در مورد اجارهٔ املاک شهری اجرا نمی‌شود: مستأجر ملک، خواه محل کسب باشد یا مسکن، باید اجاره‌بها را تا ده روز پس از پایان هر ماه اجاری بپردازد (مادهٔ ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و مادهٔ ۴ قانون ۱۳۶۲).

۱۸۳. استقرار دین مربوط به اجاره‌بها :

هر چند که دین مستأجر دربارهٔ پرداختن اجاره با وقوع عقد به وجود می‌آید و این دین را پس از تسلیم عین مستأجره می‌توان از او خواست، ولی استقرار دین بر عهدهٔ مستأجر موکول به استیفای منافع یا تلف آن است. به همین جهت، اگر در خلال مدت اجاره عین تلف شود یا قابلیت انتفاع را از دست دهد، اجاره نسبت به بقیهٔ مدت باطل می‌شود و در نتیجه دین مستأجر نیز دربارهٔ بقیهٔ مدت از بین می‌رود (مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ ق.م.).

مادهٔ ۵۰۵ ق.م.، به پندار اجرای همین اصل، مقرر می‌دارد: «**اقساط مال‌الاجاره که به علّت نرسیدن موعد پرداخت آن بر ذمهٔ مستأجر مستقر نشده است، به موت او حال نمی‌شود**».[2]

۱. شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۳۲۱ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۵۲۹ ـ حاج میرزا حبیب‌الله رشتی، اجاره، ص ۸۵.

۲. برای دیدن نقد این حکم، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۲۹۴.

۱۸۴. ضمانت اجرای تعهد مستأجر :

در صورتی که مستأجر از پرداختن اجاره امتناع ورزد، موجر نیز حق دارد معاملهٔ به مثل کند و مورد اجاره را تحویل ندهد. ولی، هرگاه امتناع مستأجر پس از تسلیم عین باشد، موجر باید اجبار او را درخواست کند. منتها، اگر اجاره‌نامه رسمی باشد، این اجبار از راه تقاضای صدور اجرائیه انجام می‌شود و در سایر موارد باید برای مطالبهٔ اجاره به دادگاه رجوع کند. تأخیر در پرداختن اقساط اجاره یا امتناع از تأدیهٔ آن به موجر حق فسخ نمی‌دهد. ولی، در مورد اجارهٔ املاک شهری، تخلف از پرداخت اجاره به موجر حق فسخ می‌دهد: بند ۷ مادهٔ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲ و بند ۹ قانون ۱۳۵۶ با پاره‌ای انحرافها.

اعسار مستأجر نیز در همه حال به موجر حق می‌دهد که اجاره را فسخ کند، منتها باید دانست که این فسخ تنها نسبت به اقساط باقی مانده مؤثر است (مواد ۳۸۰ و ۴۹۶ و ۲۴۰ و ۴۴۴ ق.م.)[1].

ب : خودداری از تعدی و تفریط

۱۸۵: مفهوم تعدی و تفریط و حکومت عرف :

مستأجر نسبت به مورد اجاره امین است و به عنوان نمایندهٔ مالک آن را تصرف دارد. بنابراین، باید عین را چنان نگاهدارد که هر مالک دلسوزی از مال خود محافظت می‌کند.

در استفادهٔ از منافع نیز مستأجر باید در حدود مفاد اجاره و عرف رفتار کند و مرتکب تقصیر نشود. تقصیر در اصطلاح حقوق ما دوگونه است: ۱) تعدی ۲) تفریط.

مقصود از تعدی، تجاوز از حدود اذن و عرف است، و امین به کاری دست می‌زند که نباید انجام دهد. برعکس، تفریط عبارت از خودداری از کاری است که به حکم عرف و

۱. برای دیدن تفصیل فرض ناتوانی مالی مستأجر در پرداخت اجاره‌بها و ایجاد حق فسخ برای مستأجر، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۲۹۶.

قانون یا قرارداد باید انجام شود. در قرارداد اجاره نمی‌توان همهٔ جزئیات تکالیف مستأجر را پیش‌بینی کرد و به همین جهت مفهوم «تعدی و تفریط» را در بیشتر موارد عرف معین می‌کند.

بنابراین، اگر مستأجری ماشین سواری را اجاره کند حق ندارد با آن آجر و سنگ بکشد، یا خانه‌ای را که برای سکونت اجاره کرده به کودکستان یا دبستان اختصاص دهد، یا از پارو کردن پشت‌بام‌ها و آب دادن به درخت‌های باغ خودداری کند... و مانند اینها.

۱۸۶. ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف :

گفته شد که مستأجر امین مالک است و به همین جهت در صورتی که عین مستأجره بدون تعدی و تفریط او تلف شود ضامن نیست. پس، اگر خانه‌ای به اجاره داده شود و در اثر آشوبی که در شهر رخ داده است تمام شیشه‌های آن شکسته شود، مستأجر مسؤولیتی ندارد. ولی، هرگاه در نگاهداری و حفاظت از عین تعدی یا تفریط کند، ید امانی او تبدیل به ضمانی می‌شود: بدین معنی که از تاریخ تقصیر مسؤول هرگونه نقص و عیبی است که در مورد اجاره حاصل می‌شود، هرچند که خسارات وارد شده ناشی از تقصیر او نباشد؛ چنان که، در مثال یاد شده، اگر مستأجر به درختان خانه آب ندهد و برف بام را پارو نکند و شیشه‌های خانه نیز در اثر زلزله و جنگ یا آشوبی بشکنند، مستأجر مسؤول تمام خسارت‌های ناشی از خشک شدن درخت‌ها و شکستن شیشه‌ها خواهد بود. مادهٔ ۴۹۳ قانون مدنی در این باره می‌گوید: **«مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تعدی یا تفریط او کلاً یا بعضاً تلف شود مسؤول نخواهد بود، ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد».**

به موجب این ماده، در زمان تعدی و تفریط مستأجر ضامن تلف و نقص مورد اجاره است و لزومی ندارد که رابطهٔ سببیت بین تقصیر او و تلف مال وجود داشته باشد. ولی باید دید، اگر مستأجر دست از تعدی و تفریط بردارد و بسان امینی دلسوز در نگهداری مال بکوشد، آیا به دلیل تقصیر پیشین همچنان ضامن تلف مال است یا تابع احکام امین است و تنها در صورت

تقصیر ضامن است؟

بیشتر نویسندگان حقوقی در کتاب ودیعه به این پرسش پاسخ داده‌اند و تأیید کرده‌اند که پشیمانی امین مسؤولیت او را از بین نمی‌برد و ید او را امانی نمی‌کند[۱]. با این همه، پذیرفتن این نظر دشوار است، زیرا تعدی و تفریط مستأجر عقد اجاره را بر هم نمی‌زند و اذن مالک را از بین نمی‌برد. مستأجر، تا زمانی که عقد فسخ نشده، همچنان امین مالک است و تنها در صورت تقصیر ضامن تلف مورد اجاره است. به حکم قانون در زمان تقصیر با مستأجر نیز مانند غاصب رفتار می‌شود، ولی این حکم استثنایی را (که مانع نفوذ اذن مالک است) باید محدود به موردی ساخت که تقصیر ادامه دارد[۲].

علاوه بر خواستن خسارت، موجر می‌تواند به استناد ارتکاب تعدی و تفریط از طرف مستأجر اجاره را فسخ کند (بند ۸ مادهٔ ۱۴ قانون روابط مالک و مستأجر). در قانون مدنی حق فسخ به شرطی برای موجر به وجود می‌آید که منع مستأجر ممکن نباشد (مادهٔ ۴۹۲). ولی در قانون روابط موجر و مستأجر، همین که مستأجر در مورد اجاره تعدی یا تفریط کند، حق فسخ برای موجر ایجاد می‌شود، هرچند که منع او نیز ممکن باشد.

۱۸۷. تعهد ایمنی؛ مسؤولیت متصدیان حمل و نقل :

برای طرح مسألهٔ تعهد ایمنی، که به صورت شرط بنایی یا ضمنی در بسیاری از قراردادهای اجاره فرض می‌شود، بهتر است از نمونهٔ مشهور آن در مسؤولیت متصدیان حمل و نقل در حقوق تجارت آغاز کنیم :

در مادهٔ ۵۱۶ قانون مدنی: «**مسؤولیت متصدیان حمل و نقل در نگهداری و حفاظت اشیایی که به آنها سپرده شده مانند مسؤولیت امین است و در صورتی ضامن تلف یا نقص کالا هستند که تعدی و تفریط کرده باشند**». امین مسؤول تلف نیست، مگر این که

۱. در فقه، رک. شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ سربی، ج ۴، ص ۲۵۰؛ جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۵۱۳ ـ و در حقوق مدنی، دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۷۱ و ۱۷۲.

۲. سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروةالوثقی، ص ۱۴۶ ـ و برای دیدن تفصیل بیشتر، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۳، ش ۳۴ (ودیعه).

در حفظ مال تقصیر کرده باشد؛ و مقصر هم فرض نمی‌شود و باید تقصیر او را اثبات کرد.

ولی، مادهٔ ۳۸۶ قانون تجارت دراین باره مقرر می‌دارد: «**اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل مسؤول قیمت آن خواهد بود، مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال‌التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده یا مرسل‌الیه یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری کند**».

پس، بر طبق قانون مدنی، در دعوای بین صاحب کالا و متصدی حمل و نقل، صاحب کالا باید تقصیر متصدی حمل و نقل را اثبات کند تا بتواند از او خسارت بگیرد. در حالی که، به موجب قانون تجارت، فرض این است که متصدی حمل و نقل مقصر است و باید خلاف این فرض را اثبات کند و، در صورتی که دلیلی نداشته باشد، مسؤولیت تلف یا نقص کالا بر عهدهٔ او است. در این دعوا، کافی نیست که متصدی حمل و نقل ثابت کند که تقصیر نکرده و مواظبت‌های لازم را معمول داشته است؛ باید ثابت کند که علت خسارت حادثهٔ خارجی بوده است.

تفاوت دو حکم ناشی از تعهد ایمنی است که قانون تجارت، به پیروی از بنای عرفی و ضمنی این گونه قراردادها، برای متصدی حرفه‌ای حمل و نقل می‌شناسد. مضمون این تعهد را می‌توان چنین خلاصه کرد: «متصدی حمل و نقل تنها تعهد نمی‌کند که کالا را به متعهد برساند؛ این تعهد را نیز به طور ضمنی به‌گردن گرفته است که آن را سالم برساند.»

هرگاه کسی تعهد کند که مالی را سالم به محلی برساند، اگر مال تلف شود، در واقع او به عهد خود وفا نکرده و فرض این است که تقصیر دارد، مگر این که خلاف آن را ثابت کند (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.). قانون تجارت، به پیروی از عرف متصدیان حمل و نقل، به ویژه از عرف بین‌المللی، برای متصدی حمل و نقل این تعهد ضمنی را پذیرفته که کالا را سالم به مقصد برساند، زیرا بر طبق مادهٔ ۲۲۵ «**متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزلهٔ ذکر در عقد است.**» قرارداد بین طرفین مخلوطی از اجارهٔ اشیاء و اشخاص است. زیرا، علاوه بر اجارهٔ وسیلهٔ حمل و نقل، متصدی وسیله نیز متعهد می‌شود که با مواظبت‌های لازم کالا را سالم به مقصد برساند.

بدین ترتیب، چون متصدی حمل و نقل در صورت تلف کالا به تعهد خود عمل نکرده، از جهت تخلف از مفاد عقد مقصر است، مگر این که خلاف آن اثبات شود: یعنی بین قانون مدنی و تجارت از نظر مبنا تفاوتی وجود ندارد؛ هر دو مقصر را مسؤول می‌دانند و هر دو برای کسی که به تعهد خود وفا نکرده تقصیر فرض می‌کنند. تفاوت فقط در این است که قانون تجارت تعهد به حمل کالا را به طور ضمنی حاوی تعهد به سالم رسانیدن آن نیز دانسته است و به دنبالهٔ همین فرض نیز متصدی حمل و نقل را مقصر می‌داند تا خلافش اثبات شود[1].

فرض تعهد ایمنی در این گونه موارد به خاطر این است که دشواری اثبات تقصیر امین باعث نشود که زیان‌های ناشی از تقصیر او جبران نشده باقی بماند، چنان که یاری خواستن از همین تعهد عرفی در بسیاری موارد دیگر نیز می‌تواند وسیلهٔ رعایت عدالت شود. فرض کنیم صاحب اتومبیلی آن را در پارکینگی می‌گذارد و خود به مسافرت کوتاهی می‌رود؛ دیوار پارکینگ بر روی ماشین خراب می‌شود و به آن صدمه می‌زند و صاحب پارکینگ بی‌درنگ دیوار دیگری می‌سازد و پیش از بازگشتن صاحب ماشین آن را تمام می‌کند. در این صورت، معلوم نیست که آیا صاحب پارکینگ از عیب دیوار اطلاع داشته یا از آن مواظبت نکرده و تقصیر کرده است (مادهٔ ۳۳۳ قانون مدنی) یا او تقصیری نداشته و دیوار در اثر حادثه‌ای خراب شده که نمی‌توان به او مربوط کرد؟

در صورتی که صاحب پارکینگ را متعهد به حفظ ماشین ندانیم، چون دلیلی بر تقصیر او در نگهداری دیوار نمی‌توان اقامه کرد، او هیچ مسؤولیتی در جبران خسارت وارد شده ندارد. برعکس، هرگاه در اجارهٔ گاراژ صاحب آن را به طور ضمنی متعهد به حفظ ماشین و تحویل سالم آن بدانیم، چون او به تعهد خود وفا نکرده، بنا به فرض مقصر و مسؤول است، مگر این که به دلیلی بتواند دخالت عامل خارجی را در ورود زیان اثبات کند. در مثال ما، که هیچ دلیلی نمی‌توان اقامه کرد، صاحب گاراژ مسؤول خسارات وارد شده به ماشین خواهد بود.

۱. در فقه نیز ملاح ضامن تلف مالی است که به او سپرده شده خواه تعدی و تفریط کرده باشد یا نتوان تقصیری به او نسبت داد (نگاه کنید به مفتاح‌الکرامة، ج ۷، ص ۲۵۶ به بعد که گفته‌های دیگران و از جمله علامه را در قواعد و تحریر آورده است).

۱۸۸. شرط ضمان برای مستأجر بدون تقصیر :

گفته شد که مستأجر امین است و جز در مورد ارتکاب تقصیر مسؤول خسارات وارد بر مورد اجاره نیست. حال باید دید، آیا می‌توان در اجاره شرط کرد که او در هر حال ضامن مورد اجاره باشد و، در صورتی هم که تعدی و تفریط نکرده است، خسارات وارد شده بر عین را جبران کند؟

گروهی از مخالفان، شرط را برخلاف مقتضای عقد (امین ساختن مستأجر) می‌دانند[1] وگروه دیگر، آن را به دلیل مخالفت با شرع باطل گفته‌اند، به این بیان که، امین به موجب قانون ضامن نمی‌شود مگر در صورت تعدی و تفریط. دست مستأجر بر مورد اجاره مانند دست خود مالک و به نمایندگی از طرف او است و هیچ‌گاه نباید ضامن حادثه‌ای باشد که در آن دخالت نداشته است.

به این گفته می‌توان پاسخ داد که، از این که قانون امین را ضامن نمی‌شمرد نباید نتیجه گرفت که شرط ضمان نیز برای امین اثر ندارد. زیرا احتمال دارد که حکم ناظر به موردی باشد که شخصی بدون قید و شرط امین قرار داده شده است، چنان که مادهٔ ۶۴۲ قانون مدنی، با این که مستعیر را در نگهداری مال مورد عاریه امین قرار داده است، مقرر می‌دارد: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسؤول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگرچه مربوط به عمل او نباشد.». عاریه هیچ خصوصیتی ندارد تا حکم مادهٔ ۶۴۲ استثنایی و ویژهٔ آن باشد. این حکم بر اجاره نیز حکمفرما است. در رویهٔ قضایی نیز همین نظر پذیرفته شده است و شرطی را که، به طور معمول دربارهٔ ضمان مستأجر در نگهداری در و پنجره و شیشه در اجاره‌نامه‌ها نوشته می‌شود، محاکم نیز پذیرفته‌اند.

۱۸۹. شرط عدم ضمان در صورت تعدی و تفریط :

دربارهٔ مشروع بودن این شرط، که به «شرط عدم مسؤولیت» مشهور است، گفتگو

۱. برای مطالعه و نقد این نظر، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۳۰۲.

بسیار شده که مربوط به قواعد عمومی مسؤولیت است[1]. به عنوان یادآوری گفته می‌شود که بعضی از نویسندگان این شرط را به دلیل مخالف بودن با قانون (مسؤولیت ناشی از تسبیب) درست نمی‌دانند و بعضی دیگر آن را در قلمرو حاکمیت اراده قرار داده‌اند و در واقع قوانین مربوط به اتلاف و تسبیب را از قواعد تکمیلی شمرده‌اند.

به نظر می‌رسد که به طور کلی در درستی این گونه قراردادها نباید تردید کرد. ولی، جایی که مشروطله به عمد باعث ضرر دیگری می‌شود، این شرط مسؤولیت او را از بین نمی‌برد. زیرا، ظاهر این است که دو طرف خواسته‌اند خطاهای متعارف را برای مستأجر ضمان‌آور نشناسند و این توافق، اضرار به عمد، یا خطاهایی را که عرف در حکم عمد می‌شمارد و هر انسان متعارفی می‌تواند نتیجهٔ زیانبار آن را حدس بزند، در بر نمی‌گیرد. وانگهی، آزادی مستأجر در ارتکاب چنین اعمال زیانبار، به ویژه در قراردادهای حمل و نقل، مخالف اخلاف و نظم عمومی است و رویهٔ قضایی باید چاره‌ای برای محدود ساختن آن بیندیشد. در واقع، اگر عدالت اقتضا دارد که هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند و اگر مخالف نظم عمومی است که اشخاص بتوانند آزادانه و بی‌هیچ مکافاتی به دیگران ضرر بزنند، باید مانع از آن شد که متصدی حمل و نقل، یا هر اجیر دیگر، بتواند در پناه «شرط عدم مسؤولیت» که در نتیجهٔ موقعیت ممتاز اقتصادی یا انحصاری خود به دست آورده است، تنها در اندیشهٔ سودجویی خود باشد و بی‌اعتنا به احکام مربوط به مسؤولیت مدنی باعث اضرار صاحب کالا یا مستأجر شود. به همین جهت است که گفته شد این گونه شروط دربارهٔ تخلف‌های عمدی یا آنچه در حکم عمد است اثر ندارد و نفوذ آن با اخلاق و نظم عمومی مخالف است.

همچنین است در مورد مسؤولیت ناشی از خسارت وارد به شخص، خواه مربوط به سلامت جسمی او باشد یا حقوق مربوط به شخصیت و آزادی[2].

۱. رک. ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۳۱۸ به بعد، همچنین، رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ش ۸۳۲ به بعد.

۲. مسؤولیت مدنی (همان کتاب)، ش ۳۱۹.

ج : تغییر ندادن مصرف مورد اجاره

۱۹۰. لزوم استعمال عین برای مصرفی که مقرر شده :

مستأجر باید مفاد عقد اجاره را رعایت کند و عین را به مصرفی برساند که در آن مقرر شده است. در واقع، این تعهد یکی از چهره‌های لزوم خودداری از تعدی و تفریط است و مستأجر باید خود را پای‌بند به آن ببیند: برای مثال، محلی را که برای گاراژ اجاره داده شده تبدیل به کوره‌پزخانه نکند، یا آپارتمانی را که به منظور سکونت اجاره داده شده به مطب یا دفتر وکالت و مشاوره و مدرسه اختصاص ندهد، یا دکانی که برای مبل‌فروشی اجاره داده شده به مشروب‌فروشی تبدیل نکند... و مانند اینها.

مادهٔ ۴۹۲ قانون مدنی، در مقام بیان ضمانت اجرای تعهد مستأجر می‌گوید: «**اگر مستأجر عین مستأجره را در غیرموردی که در اجاره ذکر شده یا از اوضاع و احوال استنباط می‌شود استعمال کند و منع آن ممکن نباشد موجر حق فسخ را خواهد داشت.**» پس، در صورتی موجر حق فسخ اجاره را پیدا می‌کند که نتواند مانع کار مستأجر شود. موجر بایستی برای منع مستأجر به دادگاه رجوع کند و نباید خود داورکار خویش شود. دادگاه پیش از هر اقدام دیگر در اختلاف راجع به تعارض تصرفات مستأجر با مفاد اجاره تصمیم می‌گیرد و هرگاه ادعای موجر را موجه بیابد مستأجر را از تغییر مصرف مورد اجاره منع می‌کند و در صورتی که اجرای این حکم ممکن نباشد موجر حق دارد اجاره را فسخ کند.

با این ترتیب، اجرای حق فسخ، با شرایطی که مادهٔ ۴۹۲ برای آن مقرر داشته است، ضمانت اجرای مؤثری در جلوگیری از تجاوز مستأجر به مفاد اجاره نیست، زیرا این تشریفات دست او را در سوءاستفاده از پیچ و خم‌های دادرسی باز می‌گذارد. برای مثال، به طور قاطع نمی‌توان گفت، اگر مستأجر حکم را اجرا کند و دوباره تصرف غیرمجاز خود را از سر گیرد، شرط لازم برای ایجاد حق فسخ برای موجر محقق شده است نه ؟

قانون روابط مالک و مستأجر در اجارهٔ املاک ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲، این قید را از میان برده است و در زمرهٔ مواردی که موجر حق فسخ و تخلیه دارد، در بند ۶ مادهٔ ۱۴ قانون ۱۳۵۶

و بند ج قانون ۱۳۶۲ آمده است که: «**در صورتی که از مورد اجارهٔ محل سکنی برخلاف منظوری که در اجاره‌نامه قید شده استفاده گردد.**» و در بند ۷ مادهٔ ۱۴ می‌خوانیم: «در مورد محل کسب و پیشه و تجارت، هرگاه مورد اجاره برای شغل معینی اجاره داده شده و مستأجر بدون رضای موجر شغل خود را تغییر دهد، مگر اینکه شغل جدید عرفاً مشابه شغل سابق باشد». پس، باید پذیرفت که قید پایان مادهٔ ۴۹۲ ق.م.، دربارهٔ عدم امکان منع مستأجر، در اجارهٔ املاک نسخ ضمنی شده است.

۱۹۱. تعیین مصرف مورد اجاره :

در مواردی که در این باب اختلاف است، تعیین مصرفی که مورد اجاره باید در آن استعمال شود باید در دو فرض بررسی شود:

۱. در صورتی که دو طرف مصرف مورد اجاره را معین نکرده باشند (مانند این که خانه یا دکانی بدون قید اجاره داده شود)، مستأجر در تصرف خود آزاد نیست. در این حال، باید به قراین و اوضاع و احوال کار متوسل شد و قصد مشترک طرفین را احراز کرد؛ چنان که مادهٔ ۴۹۰ قانون مدنی، در بیان تکالیف مستأجر می‌گوید: «... **عین مستأجره را برای همان مصرف که در اجاره مقرر شده و در صورت عدم تعیین در منافع مقصوده که از اوضاع و احوال استنباط می‌شود استعمال نماید**». پس، اگر دکانی در خیابان میرداماد و در کنار چند فروشگاه بزرگ و جواهرفروشی اجاره داده شود و در اجاره‌نامه نیز هیچ قیدی دربارهٔ مصرف دکان نباشد، مستأجر حق ندارد آن را به نانوایی یا آهنگری و مانند اینها اختصاص دهد.

به هر حال، برای جلوگیری از هرگونه اختلاف و ابهامی، بند ۵ مادهٔ ۱۱ قانون روابط مالک و مستأجر دفاتر اسناد رسمی را مکلف ساخته که در سند اجاره تصریح نمایند که «اجاره به منظور سکنی است یا تجارت یا پیشه یا کسب و در مورد پیشه و کسب و یا تجارت تعیین نوع آن به طور صریح».

۲. در موردی که از اوضاع و احوال چنین برآید که استفادهٔ تصریح شده تنها به عنوان نمونه آورده شده و به خصوص مورد نظر نبوده است «... مستأجر می‌تواند استفادهٔ منفعتی کند که از حیث ضرر مساوی یا کمتر از منفعت معینه باشد». (مادهٔ ۴۹۱ ق.م.).

مبحث سوم: انحلال اجاره

۱۹۲. اسباب این انحلال:

عقد اجاره ممکن است به یکی از دلایل زیر منحل شود، یعنی رابطهٔ حقوقی میان موجر و مستأجر از بین برود:

۱) بطلان اجاره، به دلیل تلف مورد اجاره یا خروج آن از قابلیت انتفاع، یا اعلام فقدان یکی از شرایط درستی آن؛

۲) فسخ اجاره، به دلیل اعمال یکی از خیارات؛

۳) پایان مدت اجاره.

گفتار نخست: بطلان اجاره

۱۹۳. آثار بطلان:

اگر اجاره در اثر نداشتن یکی از شرایط اساسی صحت معاملات باطل اعلام شود، مفاد حکم این است که هیچ پیمانی از آغاز واقع نشده و رابطهٔ دو طرف تنها صورت اجاره را داشته است. به همین جهت، اگر پس از مدتها نیز بطلان اجاره اعلام شود، حکم به گذشته اثر دارد. در صورتی که مستأجر پولی بابت اجاره‌بها پرداخته باشد باید به او رد شود، و در برابر مستأجر نیز وظیفه دارد بدل منافعی را که استیفا کرده به موجر بپردازد. همین بدل است که «اجرت‌المثل» نامیده می‌شود و میزان آن را کارشناس تعیین می‌کند.

گاه اجاره به دلایلی باطل می‌شود که در زمان عقد موجود نبوده است: برای مثال، اتومبیلی که به اجاره داده شده پس از مدتی آتش می‌گیرد، یا خانه‌ای که به مدت یک سال به اجاره واگذار شده در اثر زلزله خراب می‌شود. در چنین موردی اثر بطلان تنها نسبت به آینده است و در گذشته تأثیر نمی‌کند. زیرا، موضوع اجاره صلاحیت انتفاع از مال برای مدت معین است و فرض این است که در گذشته منافع به دست آمده و با استیفای آن مستأجر ملزم شده است تا اجارهٔ معهود را بپردازد؛ چنان که مادهٔ ۴۹۶ قانون مدنی می‌گوید: «**عقد اجاره به واسطهٔ تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود...**».

در واقع، چون مورد گفتگو از مواردی است که عقد خود به خود منحل می‌شود و اثر آن تنها ناظر به منافع آینده است، به ظاهر با «انفساخ» تناسب بیشتر دارد. به همین جهت، مادهٔ ۴۸۳ در موردی مشابه به مادهٔ ۴۹۶ مقرر می‌دارد: «**اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه‌ای کلاً یا بعضاً تلف شود، از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود...**».

عقد اجاره سبب تملیک تمام منفعت است. پس تلف عین، و به تبع آن تلف منفعت، نسبت به بخشی از مدت نشان می‌دهد که عقد از آغاز موضوعی نداشته است، مگر این که گفته شود موضوع تملیک ذره‌های منفعت بوده است که تسلیم نشده و اکنون پیش از تسلیم تلف شده و اجاره را منفسخ کرده است (مادهٔ ۳۸۷ ق.م. درتلف مبیع پیش از قبض).

۱۹۴. موارد بطلان اجاره :

گذشته از مواردی که اجاره بر طبق قواعد کلی معاملات و به علت فقدان شرایط اساسی آنها باطل است، در این موارد نیز بطلان اجاره پیش‌بینی شده است:

۱. تلف مورد اجاره: هرچند که موضوع اجاره منفعت است، چون منافع به تدریج از عین مستأجره به دست می‌آید، تلف عین نیز مورد اجاره را از بین می‌برد (مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ ق.م.).

همان گونه که در آثار اجاره گفته شد، تملیکی که به موجب عقد انجام می‌شود پیش

از استیفای واقعی منافع متزلزل است و تلف عین نشان می‌دهد که از آغاز نیز انجام نشده است، زیرا آنچه در قصد مشترک با هم مبادله شده استیفای از منفعت در برابر عوض است و تلف منفعت تعهد طرف دیگر را نیز منحل می‌سازد. از مفاد مادهٔ ۴۸۳ و ملاک مادهٔ ۴۸۸ بر می‌آید که بطلان اجاره به مواردی اختصاص دارد که تلف عین در اثر حوادث قهری و طبیعی انجام شود (مانند زلزله و سیل و آتش‌سوزی) و هرگاه شخص موجر یا دیگری سبب تلف آن شود، اجاره به حال خود باقی است و مستأجر می‌تواند بر طبق قواعد اتلاف و تسبیب به کسی که باعث ضرر او شده رجوع کند و اجرت‌المثل بگیرد. همچنین، در حالتی که موجر سبب تلف شده یا ثالث پیش از قبض عین را از بین برده است، مستأجر حق فسخ اجاره را نیز دارد (مادهٔ ۴۸۸ ق.م.).

تلف عین در صورتی موجب بطلان اجاره می‌شود که موضوع آن منفعت عین معین باشد. در عین کلی، چون آنچه در اختیار مستأجر گذارده شده است تنها فردی از مصداق‌های کلی است، می‌توان از موجر خواست که مصداق دیگری را برای استفاده در اختیار مستأجر بگذارد، و در صورتی که اجبار ممکن نباشد، مستأجر حق فسخ دارد (مادهٔ ۴۸۲).

۲. از بین رفتن قابلیت انتفاع عین: بر طبق مادهٔ ۴۸۱ قانون مدنی: «**هرگاه عین مستأجره به واسطهٔ عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می‌شود**». زیرا، موضوع اجاره واگذاری قابلیت انتفاع به مستأجر است و، هرگاه این قابلیت از بین برود، از لحاظ مستأجر، در حکم تلف عین است.

باید دانست که عذر مستأجر در انتفاع از مورد اجاره مجوز فسخ یا بطلان آن نیست. پس، هرگاه شخصی اتومبیلی را برای مسافرت کرایه کند و در اثر بیماری نتواند به مسافرت برود، اجاره منحل نمی‌شود. با وجود این، اگر هدف از اجاره بیهوده شود، مانند این که محلی برای تماشای مسابقهٔ ورزشی به بهای گزاف اجاره شود و مسابقه به دلیلی بر هم خورد، مستأجر حق فسخ اجاره را دارد و حتی حکم به انفساخ آن قوی است (ش ۱۷۰).

گفتار دوم : فسخ اجاره

الف : اثر فسخ

۱۹۵. اعمال قاعده در خیار عیب :

برای نمایش اثر فسخ اجاره در اثر اعمال خیار، می‌توان از خیار عیب به عنوان مثال سخن گفت:

در مقام تحلیل مسأله، به نظر می‌رسد که باید بین عیوبی که هنگام عقد وجود داشته و آنها که بعد عارض شده است تفاوت گذارد:

۱. در مورد عیوبی که در اثنای اجاره عارض شده، بی‌گمان فسخ به گذشته سرایت ندارد زیرا منافع گذشته سالم بوده و موجبی برای انحلال عقد وجود ندارد؛ چنانکه در پایان مادهٔ ۴۸۰ قانون مدنی گفته شده است «... **و اگر عیب در اثناء مدت اجاره حادث شود نسبت به بقیهٔ مدت خیار ثابت است**».

۲. ولی، جایی که عیب از ابتدا وجود داشته است، برخلاف آنچه در بادی نظر تصور می‌شود، فسخ از همان آغاز اجاره را منحل می‌سازد. زیرا، گفته شد که در اثر عقد تمام منافع به مستأجر تملیک می‌شود و تمام عوض ملک موجر خواهد شد و اکنون مستأجر می‌خواهد عقد را فسخ کند، یعنی آنچه را که داده است پس بگیرد و آنچه را که تملک کرده به موجر رد کند. بنابراین، تمام اجاره‌بها به او رد می‌شود و تمام منفعت آینده به ملکیت موجر بر می‌گردد، و، به جای منافع گذشته که به وسیلهٔ مستأجر تلف شده است، او باید بدل مال تلف شده (یعنی اجرت‌المثل) بپردازد.

۱۹۶. گسترش قاعده در سایر خیارها :

از این قاعده در سایر مواردی که سبب خیار از حین عقد موجود بوده است، مانند خیار غبن و تدلیس، می‌توان استفاده کرد و قاعده را چنین آراست که: در عقد اجاره، اعمال خیاری که سبب آن از آغاز تراضی وجود داشته است، عقد را از همان زمان منحل می‌کند. ولی، در فرضی که سبب خیار در زمان اجاره حادث شده است، فسخ نسبت به

بقیهٔ مدت اثر دارد. پس، هرگاه مستأجر بعد از سه ماه از تدلیس موجر آگاه شود و عقد را فسخ کند، این فسخ در واقع همهٔ عقد را منحل می‌سازد نه بخشی از آن را.

ب : ویژگی‌های پاره‌ای از خیارها

۱۹۷. خیار تخلف از شرط فعل :

در خیار تخلف از شرط فعل، بر طبق قاعدهٔ پذیرفته شده در قانون مدنی، عهدشکنی سبب تام خیار فسخ نیست: آن‌که شرط به سود او است، باید ابتدا برای اجبار متعهد به او رجوع کند و در صورتی که اجبار ممکن نباشد، به عنوان آخرین دارو، از حق فسخ استفاده کند (مواد ۲۳۴ تا ۲۳۵ ق.م.). ولی، در اجاره، این قاعده رعایت نمی‌شود:

به موجب مادهٔ ۴۹۶ قانون مدنی: «... **نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر شده است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد.**» پس، لزومی ندارد که ابتدا برای اجبار مشروط علیه اقدام شود. بند د از مادهٔ ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲ در اجارهٔ مسکن، تخلف از شرط پرداخت اجاره‌بها را سبب فسخ اجاره دانسته است.

۱۹۸. خیار عیب :

خیار عیب در مواد ۴۷۸ تا ۴۸۲ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. ولی، احکام عیب در اجاره ویژگی‌هایی بدین شرح یافته است:

۱. عیبی که موجب فسخ اجاره می‌شود عیبی است که موجب نقصان یا صعوبت در انتفاع باشد (مادهٔ ۴۷۹ قانون مدنی). زیرا، موضوع اصلی اجاره منافع عین است نه خود آن و عیب موجود در عین به شرطی سبب ایجاد خیار می‌شود که در انتفاع مؤثر باشد.

۲. در اجاره، خیار عیب تنها حق فسخ به وجود می‌آورد و به استناد عیب مورد اجاره نمی‌توان درخواست «ارش» کرد. مادهٔ ۴۷۸ در این باره مقرر می‌دارد: «**هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند...**».

۳. اگر موجر پیش از اعمال خیار رفع عیب کند، به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد؛ چنان که در انتهای مادهٔ ۴۷۸ گفته شده است: «... **ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد.**»

۴. عیب در اثنای اجاره نیز نسبت به بقیهٔ مدت برای مستأجر حق فسخ می‌آورد (مادهٔ ۴۸۰ ق.م.).

۱۹۹. خیار شرط :

این خیار در مادهٔ ۴۹۸ قانون مدنی پیش‌بینی شده و قوانین روابط موجر و مستأجر بدین ترتیب آن را محدود و منظم کرده است:

۱. شرط خیار به سود مستأجر ممکن است و مستأجر می‌تواند، در مواردی که در قرارداد پیش‌بینی شده است، اجاره را فسخ کند (بند ۳ از مادهٔ ۱۲ قانون ۱۳۵۶ و بند ۲ قانون ۱۳۶۲).

۲. برعکس، شرط خیار به سود موجر ممنوع است و تنها در مواردی مؤثر است که در قانون پیش‌بینی شده باشد: مانند شرط خیار در انتقال مورد اجاره در اجارهٔ محل سکنی (بند ب از مادهٔ ۸ قانون ۱۳۶۲).

۲۰۰. خیار تبعّض صفقه :

خیار تبعض صفقه در اجاره وقتی مطرح می‌شود که بخشی از عین مستأجره مال غیر باشد یا در زمان اجاره تلف شود. در این صورت مستأجر می‌تواند، یا به نسبتی که اجاره باطل است تقلیل اجاره را بخواهد، یا با استفاده از خیار تبعض صفقه بقیهٔ اجاره را نیز فسخ کند. بخش اخیر مادهٔ ۴۸۳ قانون مدنی دربارهٔ فرضی که بخشی از عین در زمان اجاره تلف شده است مقرر می‌دارد: «... **و در صورت تلف بعض آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیهٔ مدت فسخ کند یا فقط مطالبهٔ تقلیل نسبی مال‌الاجاره نماید.**»

در جمع دو ماده می‌توان گفت: مادهٔ ۵۰۴ ناظر به بقای بنا و درخت است؛ تأسیسی که پس از پایان مدت اجاره مدت‌ها باقی می‌ماند و اذن در ایجاد آن نیز با ملاحظهٔ همین اقتضای دوام داده می‌شود و موجر را پای‌بند می‌کند. چنین اذنی تنها ایجاد اباحه نمی‌کند؛ به مستأجر حق داشتن بنا یا درخت را بر روی زمین می‌دهد. ولی، مادهٔ ۵۴۰ ناظر به زراعت است، بر این پایه که تا پایان مدت مزارعه می‌رسد و از زمین کنده می‌شود. پس، اگر زراعت اتفاقاً نرسیده باشد، طبیعی است که عامل حقی بر ادامهٔ انتفاع از زمین را ندارد و نمی‌تواند، برخلاف پیش‌بینی و بنای تراضی دو طرف، آن را در زمین نگاهدارد.

بر مبنای این پیشنهاد، اگر در اجاره نیز موجر اذن به زراعتی دهد که به طور معمول تا پایان مدت اجاره آمادهٔ کندن می‌شود، پس از پایان اجاره باید ازاله شود، هرچند اتفاقاً نرسیده باشد. در مزارعه نیز، هرگاه برای زراعتی باشد که ریشهٔ آن باقی می‌ماند یا تا پایان مزارعه نمی‌رسد، مزارع نمی‌تواند ازالهٔ آن را بخواهد و باید حقی را که به عامل داده است محترم بدارد.

فصل دوم

اجارهٔ املاک

مقدمه

۲۰۳. اهمیت ویژهٔ روابط مالک و مستأجر :

در این گونه اجاره‌ها، هدف قانونگذار در حفظ حاکمیت اراده و تأمین تعادل دو عوض خلاصه نمی‌شود. در املاک شهری، مستأجر یا برای تهیهٔ مسکن خود اقدام می‌کند یا در پی آنست که محلی برای کار و پیشه آماده سازد و این هر دو رابطه از مسایل اجتماعی و اقتصادی مهم است؛ مسائلی که هیچ دولتی امروز نمی‌تواند بدانها بی‌اعتنا بماند و ناچار باید در تنظیم روابط مالکان و مستأجران دخالت کند و قالب پیش‌ساخته برای ادارهٔ آن فراهم آورد.

مدتها آئین‌نامهٔ تعدیل مصوب ۱۳۲۴ و پس از آن قوانین روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ بر این گروه از اجاره‌ها حکومت می‌کرد و آن را به صورت «سازمان حقوقی» ویژه‌ای درآورده بود که نفوذ حاکمیت اراده در آثار آن ناچیز شمرده می‌شد و در واقع تراضی طرفین شرط اجرای قانون دولتی به شمار می‌رفت.

ولی، تجربه نشان داد که دخالت قوهٔ قانونگذاری داروی مؤثری برای درمان این بیماری نیست و روابط مالکان و مستأجران را تیره‌تر می‌سازد. پس، دولت در صدد

برآمد که اشتباه گذشته را جبران کند و در زمینهٔ محل سکنی تمهیدهای اقتصادی را جانشین محدودیتهای آزادی اراده سازد (قانون ۱۳۶۲). دربارهٔ محل کسب نیز تمایل قانونگذار بر این است که به قواعد عمومی باز گردد و حمایت از مستأجر را به تعادل قراردادی واگذارد و به وحدت قوانین حاکم بر اجاره نزدیک شود.

۲۰۴. انواع اجاره‌ها و قانون حاکم :

در قوانین مربوط به موجر و مستأجر، سه گروه اجاره به چشم می‌خورد که تمیز قانون حاکم بر هر کدام از ضرورت‌های نخستین این مطالعه است :

۱) **محل سکونت**: همان‌گونه که اشاره شد، تجربهٔ سالهای اخیر نشان داد که محدود کردن آزادی اراده و حمایت دولت از مستأجران نتیجهٔ مورد نظر آنها را به بار نمی‌آورد: از عرضهٔ محلهای مسکونی برای اجاره می‌کاهد؛ مالکان را تشویق به ابتکار راه حل خدعه‌آمیز می‌کند و بر اجاره بهای املاک معدودی که صاحبان آن خطر اجاره دادن را پذیرفته‌اند می‌افزاید؛ موجران و مستأجران را به ستیزه‌جویی و نیرنگ‌بازی وا می‌دارد و صلح اجتماعی را به خطر می‌اندازد.

به همین جهت، دولت ناچار شد که آرام آرام به سوی قانون مدنی متمایل شود و از دخالت بی‌مورد در این رابطهٔ اجتماعی پرهیز کند.

قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ این تحول را کامل ساخت و اجاره‌های محل سکونت را تابع قانون مدنی و قواعد استثنایی آن قانون و تراضی طرفین قرارداد (مواد ۱ و ۱۵). آنچه در این مقدمه بایستی یادآوری شود این است که قانون ۱۳۶۲ نیز بدون استثناء باقی نمانده است؛ چنانکه در بند ب از مادهٔ ۲ خانه‌های سازمانی تابع قوانین خاص خود قرار گرفت. پس، باید پذیرفت که هنوز هم قواعد قانون ۱۳۵۶ در مورد تخلیهٔ این گونه خانه‌ها حکمفرما است.

۲) **محل کسب و پیشه و تجارت**: در مورد این گونه اجاره‌ها، قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ حکمفرما است؛ نظارت دولت بر رابطهٔ دو طرف ادامه دارد و اجاره را به صورت یک سازمان حقوقی نگاه می‌دارد.

گذشته از اراضی مزروعی محصور و غیرمحصور و توابع آنها، که تابع قواعد ویژهٔ املاک مزروعی است، یک استثناء مهم بر قاعدهٔ «حکومت قانون روابط موجر و مستأجر» در این قانون آمده و آن اجارهٔ باغ‌هایی است که به منظور بهره‌برداری از محصول آنها انجام می‌شود.

این باغ‌ها، به عنوان محل پرورش گل و نهال و میوه، در شمار زمین‌های مزروعی از شمول قانون خارج گشت و بنابراین در وضع کنونی قانون مدنی و قواعد امری دیگر در این زمینه بر اجاره حکومت دارد.

۳) **اجاره‌های به منظور دیگر:** در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۴ قانون ۱۳۵۶ می‌خوانیم که: **«در صورتی که مورد اجاره به منظوری غیر از کسب یا پیشه یا تجارت اجاره داده شود، از هر حیث تابع مقررات مربوط به اجارهٔ محل سکنی خواهد بود.»**

در تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲ نیز آمده است: «در صورتی که عین مستأجره برای مقصودی غیر از کسب یا پیشه و یا تجارت به اجاره داده شود، از هر حیث تابع مقررات مربوط به اجارهٔ محل سکنی است».

۲۰۵. گام نهایی به سوی وحدت :

در مادهٔ ۱ لایحهٔ روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۵ گام نهایی به سوی وحدت قوانین حاکم بر اجاره برداشته شده است. در این ماده می‌خوانیم:

«از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون، اجارهٔ کلیهٔ اماکن، اعم از مسکونی و تجاری، محل کسب و پیشه، اماکن آموزشی، خوابگاههای دانشجویی و ساختمانهای دولتی و نظایر آن که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود، تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.»

منتها، برخلاف آنچه از نگاه نخست استفاده می‌شود، این قانون نیز باعث وحدت کامل نظام اجاره نمی‌شود. زیرا، در مادهٔ ۶ آن اعلام شده است:

«اماکنی که قبل از تصویب این قانون به اجاره داده شده از شمول این قانون مستثنی و حسب مورد مشمول مقررات حاکم بر آن خواهد بود.»

پس، با تصویب نهایی لایحه نیز اجاره‌ها دو گروه است: ۱) گروهی که پیش از لازم‌الاجراء شدن قانون واقع شده است و تابع قوانین گوناگون مدنی و روابط موجر و مستأجر است ۲) گروهی که بعد از اجرای قانون واقع می‌شود که تابع قانون مدنی و تراضی و این لایحه است.

۲۰۶. تصرفات ناشی از معاملات با حق استرداد یا معاملات رهنی :

در این گونه معاملات، عینی که سرانجام به فروشنده یا بدهکار تعلق دارد، در نتیجهٔ عقد بیع یا رهن، در تصرف خریدار شرطی و مرتهن قرار می‌گیرد. ولی، چون هدف از این تصرف اجاره نیست و مالک نمی‌خواهد به طور مستقیم منافع مال خود را در عوض مالی به متصرف انتقال دهد، قواعد حاکم بر آن نیز تابع قانون اجاره نیست.

ولی، هرگاه کسی خانه‌ای را به اجاره دهد و از مستأجر مبلغی وام بگیرد و مورد اجاره را به عنوان گرو تسلیم او کند، رابطهٔ آنان تابع قانون اجاره است. زیرا، هدف واقعی آنان اجاره بوده است و اختلاط آن با عنوان رهن ماهیت این رابطه را تغییر نمی‌دهد.

ضابطهٔ تعیین قلمرو قانون «تصرف به منظور اجاره» است و در مادهٔ ۳۰ قانون ۱۳۵۶ هرگونه حیله و تقلبی در این زمینه باطل دانسته شده است.

۲۰۷. قلمرو جغرافیایی قانون :

به موجب مادهٔ ۳۱ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶: «**این قانون در نقاطی اجراء می‌شود که تاکنون روابط مالک و مستأجر مصوب خرداد ۱۳۳۹ در آن نقاط به مرحلهٔ اجراء گذارده شده و یا وزارت دادگستری با جلب نظر وزارت مسکن و شهرسازی لزوم اجرای آن را آگهی نماید. در سایر نقاط رابطهٔ موجر و مستأجر بر اساس قوانین و مقررات عمومی خواهد بود.**»

بدین ترتیب، اجرای قانون روابط موجر و مستأجر از لحاظ نظری امری استثنایی است که نیاز به تصمیم وزارت دادگستری با جلب نظر وزارت مسکن و شهرسازی دارد و باید آگهی شود. ولی، در عمل کمتر جایی در کشور وجود دارد که مشمول قانون نشده

باشد. بنابراین، امروز احتیاطی را که دولت در سال ۱۳۲۴ (آئین‌نامه تعدیل) یا ۱۳۳۹ (قانون روابط مالک و مستأجر) لازم می‌دید، ضرورت ندارد. به ویژه، چون شهرها روز به روز توسعه می‌یابد و شهرک‌های جدید به وجود می‌آید، همیشه امکان دارد محل‌هایی به وجود آید که از نظر اجرای عدالت باید تابع نظام نو باشد و وزارت دادگستری تا مدت‌ها امکان اعلان اجرای قانون را پیدا نکند و بیهوده حقی ضایع شود.

امروز موقع آن فرا رسیده است که دولت عدالتی را که به آن معتقد است برای همه یکسان بخواهد و حمایت خود را از هیچ مستأجری دریغ ندارد. بنابراین، بهتر است قلمرو قانون همهٔ کشور را فراگیرد و برابری مردم در برابر قانون به طور کامل تأمین شود.

این مصلحت، در قانون ۱۳۶۲ و نسبت به اجارهٔ محل سکونت رعایت شده است. زیرا، جز در مورد اجرای مادهٔ ۱۴ دربارهٔ تعیین و تثبیت اجاره‌بها، قانون در همهٔ کشور اجرا می‌شود. همچنین، در اجاره‌هایی که بعد از اجرای لایحهٔ روابط موجر و مستأجر واقع می‌شود، مکان اثری در تعیین قانون حاکم ندارد.

۲۰۸. قلمرو اجرای قانون در زمان :

تمیز قلمرو اجرای قوانین اجاره از دو جهت اهمیت دارد: در مادهٔ یک قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ اعلام شده است که: **«هر محلی که برای... اجاره داده شده یا بشود...، مشمول مقررات این قانون است.»** این مضمون در مادهٔ یک قانون ۱۳۶۲ نیز تکرار شده است. بنابراین، احکام قانون شامل همهٔ اجاره‌هایی که پیش از اجرای آن نیز واقع شده است می‌شود.

این موقعیت را قوانین روابط مالک یا موجر و مستأجر صرفنظر از ریشهٔ قراردادی آن اداره کرده‌اند. تنظیم این رابطه در سال‌های اخیر چنان اهمیت پیدا کرده است که دولت آن را در شمار سیاست‌های اقتصادی و اجتماعی مربوط به نظم عمومی می‌داند و به همین دلیل گاه موجر را وادار به بستن قراردادی می‌کند که خود نمی‌خواهد. به بیان دیگر، زیر سرپوش عقد اجاره، موقعیتی قانونی ایجاد شده که تابع ارادهٔ قانونگذار است

و ارتباط به حاکمیت اراده ندارد[1]. اجرای قانون جدید دربارهٔ آثار ناتمام این گونه موقعیت‌ها به معنی مؤثر ساختن آن در گذشته نیست؛ لازمهٔ اثر فوری و حکومت آن بر آینده است[2]. بنابراین، مفاد مادهٔ یک بر اصل «عدم تأثیر قوانین در گذشته» استثنایی وارد نساخته و تنها یکی از مصداقهای «حکومت قانون بر آینده» را به صراحت تعیین کرده است.

در اجرای این قاعده، تقدم و تأخر اقامهٔ دعوا اثری ندارد و اگر پدیده‌ای به دلیل ناتمام بودن تابع قانون جدید محسوب شود، رسیدگی دادگاه و حتی صدور حکم نخستین نیز مانع از اجرای قانون جدید نمی‌شود؛ چنان که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام ایجاد وحدت رویهٔ قضایی نظر داده است که: «با توجه به مادهٔ ۴ قانون موجر و مستأجر مصوب تیر ماه ۱۳۵۶ کلیهٔ دعاوی تعدیل مال‌الاجاره که قبل از وضع و اجرای این قانون در دادگاه‌ها اقامه شده و منتهی به صدور حکم قطعی نگردیده باید بر اساس قانون جدید تعقیب شود و بدین ترتیب کلیهٔ دعاوی مالک و مستأجر که موضوع آن تعدیل مال‌الاجاره می‌باشد، ولو آنکه کارشناسان مربوط نسبت به تعیین اجاره‌بها اظهارنظر کرده باشند، باید بر اساس قانون جدید موجر و مستأجر و شاخص بهای کالاها و خدمات مصرفی که از سال ۱۳۱۵ تا ۱۳۵۶ از طرف بانک مرکزی ایران تهیه گردیده و در اختیار کلیهٔ دادگاه‌های شهرستان و استان در سراسر کشور قرار داده شده تعیین تکلیف گردد».

۲. لایحهٔ روابط موجر و مستأجر حاکم بر اجاره‌هایی است که پس از اجرای آن واقع می‌شود. در نتیجه، آثار اجاره‌های پیشین تابع قانون حاکم در زمان انعقاد آنها است: به عنوان مثال، اجارهٔ محل کسب و پیشه که سابق بر این داده شده است تابع قانون ۱۳۵۶ است نه قانون مدنی، ولی اجاره‌های آینده را قانون مدنی اداره می‌کند؛ نظامی نه چندان مطلوب که برای مرحلهٔ بازگشت به سوی حکومت قانون مدنی برگزیده شده است.

۲۰۹. آیا قوانین حاکم بر اجاره امری است؟

در پاسخ این پرسش باید میان قواعد گوناگون حاکم بر اجاره تفاوت گذارد:

۱. ناصر کاتوزیان، تعارض قوانین در زمان، حقوق انتقالی، ش ۱۲۰ و ۱۲۱.
۲. همان کتاب، ش ۷۳ به بعد.

۱. اجاره‌های مشمول قانون ۱۳۵۶، از حیث شرایط انعقاد قرارداد، تابع قواعد عمومی اجاره است و، جز در یکی دو مورد، قانون مدنی بر آن حکومت می‌کند، ولی آثار این اجاره و حقوق و تکالیف موجر و مستأجر در برابر هم و انحلال اجاره احکامی ویژهٔ خود دارد. به اضافه، در قانون روابط موجر و مستأجر به مفهوم تازه‌ای به نام «حق کسب یا پیشه یا تجارت» بر می‌خوریم که در قانون مدنی سابقه نداشته است.

این مقررات همه امری است، زیرا هدف از وضع آنها حفظ نظم عمومی و حمایت از طبقهٔ مستأجر در برابر مالک است. عرضهٔ کالا در دست مالکان است و مستأجران ناچارند برای تأمین محل کار خود آن را با هر شرایطی در اختیار گیرند. قانون به حمایت از این گروه مصرف کننده برخاسته و قالبی آماده ساخته است، تا در چارچوب آن مستأجران از تجاوز مصون بمانند. پس، طبیعی است اگر حاکمیت اراده در این راه از بین برود و سرنوشت این رابطه به توافق آنان واگذار نشود.

از این گذشته، جلوگیری از بالا رفتن اجارهٔ املاک و تثبیت نسبی آن خود در تثبیت هزینهٔ زندگی اثر مستقیم دارد و هدف قانونگذار در وضع مقررات آن حفظ مصالح عمومی نیز بوده است.

به اضافه، قانون روابط موجر و مستأجر حاوی قواعد مربوط به صلاحیت دادگاه‌ها و آیین دادرسی دربارهٔ دعاوی این رابطهٔ حقوقی است و در امری بودن قواعد آن، که ناظر به شیوهٔ دادگستری دولت و تقسیم کار سازمانهای آن است، تردید نباید کرد.

بنابراین، به عنوان قاعده، می‌توان نتیجه گرفت که قواعد موجود در این قانون همه امری است، مگر این که دلیل خاصی بر حاکمیت اراده به دست آید.

مادهٔ ۳۰ قانون که اعلام می‌کند: «کلیهٔ طرق مستقیم یا غیرمستقیمی که طرفین به منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند، پس از اثبات در دادگاه بلااثر و باطل اعلام خواهد شد». نشان دیگری از امری بودن قانون است.

۲. ولی در مورد قانون ۱۳۶۲، این اصل رعایت نمی‌شود. زیرا، در مادهٔ ۱۵ آن آمده است: «از تاریخ تصویب این قانون، اجارهٔ محلهایی که برای سکونت واگذار می‌شود، تابع قانون مدنی و این قانون و شرایط مقرر بین طرفین می‌باشد». قانون مدنی در بخش قراردادها بر پایهٔ حکومت

اراده استوار است و، اگر بتوان اصلی در این باره عنوان کرد، اصل تکمیلی بودن قانون است. اشاره به حکومت «شرایط مقرر بین طرفین» نیز نشانهٔ دیگری است از لزوم احترام به قرارداد خصوصی. پس، داوری دربارهٔ هر حکم منوط به تحلیل مبانی و نقش اجتماعی آن است و نمی‌توان اصل را امری بودن قوانین شمرد.

۳. اجاره‌هایی که پس از اجرای لایحهٔ روابط موجر و مستأجر واقع می‌شود نیز تابع قواعد عمومی است و اصل امری بودن قانون در آنها قابل اعتماد به نظر نمی‌رسد.

مبحث اول: اجارهٔ محل کسب و پیشه و تجارت

گفتار نخست: انعقاد و اثبات اجاره

۲۱۰. اصل آزادی اراده و حدود آن:

هرچند در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، گاه رابطهٔ حقوقی خاص بر دو طرف و به ویژه موجر تحمیل می‌شود، هنوز هم این گونه حکم‌ها چهرهٔ استثنایی دارد. آزادی قراردادی به عنوان «اصل» محترم است و تنها جایی می‌توان آن را محدود کرد که قانون مقرر داشته باشد.

با وجود این، همین که شخصی به عنوان مستأجر متصرف ملکی می‌شود، قانون رابطهٔ او و مالک را اداره می‌کند و از این پس حاکمیت اراده محتوا و مفهوم واقعی خود را از دست می‌دهد. قرارداد برچسب زیبایی است که برای تحمیل قانون به کار می‌رود تا صورت الزام‌های اجتماعی، به شکل سنتی و مرسوم خود (قرارداد)، محفوظ بماند.

این قانون، به مستأجری که مورد اجاره را در تصرف دارد اختیار داده است که موجر را به تجدید اجاره و تنظیم سند رسمی اجبار کند. بدین ترتیب، ممکن است عقدی به وجود آید که یکی از دو طرف راضی به انعقاد آن نیست و به وسیلهٔ قانون بر او تحمیل شده است. عقد اجاره در این مورد بهانه‌ای برای اجرای احکام قانون است؛ بهانه‌ای که به‌وسیلهٔ آن الزام‌های موجر به حاکمیت ارادهٔ او منسوب شود.

بر طبق مادهٔ ۷ قانون: «در مواردی که بین موجر و کسی که ملک را به عنوان مستأجر در

تصرف دارد اجاره‌نامه تنظیم نشده و یا اگر تنظیم شده مدت آن منقضی گشته و طرفین راجع به تنظیم اجاره‌بها و شرایط آن اختلاف داشته باشند، هریک می‌تواند برای تعیین اجاره‌بها (در مواردی که اجاره‌نامه در بین نباشد) و تنظیم اجاره‌نامه به دادگاه مراجعه کند».

با این ترتیب، پس از پایان مدت اجاره، رابطهٔ حقوقی مالک و مستأجر قطع نمی‌شود. مستأجر متصرف می‌تواند موجر را به تنظیم اجاره‌نامهٔ جدید الزام کند و در صورتی که مالک حکم دادگاه را به موقع اجرا نکند و برای امضای اجاره‌نامه در دفترخانه حاضر نشود، نمایندهٔ دادگاه اجاره‌نامه را به مدت یک سال از طرف او امضاء خواهد کرد... (مادهٔ ۹). موجر نیز به نوبهٔ خود می‌تواند همین درخواست را بکند و این بار «... اگر مستأجر تا ۱۵ روز از تاریخ تعیین شده حاضر به امضاء نشود، دادگاه در صورتی که عذر مستأجر را موجه نداند به تقاضای موجر حکم به تخلیهٔ عین مستأجره صادر می‌کند و این حکم قطعی است» (همان ماده).

۲۱۱. اثبات اجاره :

بر طبق مواد ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت، اجاره‌نامهٔ املاکی که به ثبت رسیده یا در محلی واقع است که ادارهٔ ثبت و دفتر اسناد رسمی موجود است و وزارت دادگستری مقتضی بداند، باید سند رسمی باشد وگرنه در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد (مادهٔ ۴۸).

ولی این قواعد در مورد اجارهٔ املاک مشمول قانون اجرا نمی‌شود و دادگاه می‌تواند از همهٔ دلایل برای احراز اجاره و نوع و شرایط آن استفاده کند: چنان که، در انتهای مادهٔ اول قانون روابط موجر و مستأجر افزوده شده است که: «... اعم از اینکه نسبت به مورد اجازه سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد...».

در مادهٔ ۲ لایحهٔ روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، برای تضمین اثبات اجاره، آمده است: «قراردادهای عادی اجاره باید، با قید مدت اجاره، در دو نسخه تنظیم شود. همچنین، صحت امضای موجر و مستأجر زیر قراردادهای یاد شده توسط دفترخانهٔ اسناد رسمی گواهی شود». ولی، ضمانت اجرای آن روشن نیست که، اگر امضاء دو طرف در سند عادی تصدیق نشود، چه اثر حقوقی به بار می‌آورد.

گفتار دوم : آثار اجاره

الف : حقوق و تکالیف موجر

۲۱۲. امکان نوسازی :

هدف اصلی قانون روابط موجر و مستأجر این است که موجر نتواند به بهانه‌های گوناگون و نامشروع مزاحم مستأجر شود ولی، در مورد تغییرات ضروری در بنا، مصلحت دیگری با لزوم حمایت کامل از مستأجر تعارض پیدا می‌کند. گاه وضع بنای مورد اجاره چنان است که به بهداشت و سلامت عمومی یا زیبایی شهر صدمه می‌زند و امکان توسعهٔ فعالیت‌های ساختمانی و نوسازی ایجاب می‌کند که قانون، دست کم در شرایط خاص، به مالکان اجازهٔ تعمیر بنا یا احداث ساختمان نو را بدهد، هرچند که باعث تعطیل موقت یا دایم انتفاع مستأجر شود.

موجر می‌تواند به منظور احداث ساختمان جدید تخلیهٔ مورد اجاره را درخواست کند، مشروط بر این که پروانهٔ ساختمانی یا گواهی شهرداری مربوط ارائه شود (بند ۱ مادهٔ ۱۵) و مکلف است تا شش ماه پس از اجرای حکم تخلیه، ساختمان را شروع کند و به مستأجر نیز در برابر تخلیه سرقفلی دهد.

تضمین حسن نیّت مالک در تقاضای تخلیه، علاوه بر پروانهٔ ساختمانی یا گواهی شهرداری، تنها پرداخت خسارت به مستأجر است.

به موجب مادهٔ ۱۶ این قانون: «... هرگاه مالک حسب مورد تا شش ماه از تاریخ تخلیه شروع به ساختمان نکند، به درخواست مستأجر سابق به پرداخت مبلغی معادل یک سال اجاره‌بها یا اجرت‌المثل مورد اجاره در حق او محکوم خواهد شد، مگر آنکه ثابت شود تأخیر شروع ساختمان یا عدم استفاده از مورد اجاره در اثر قوهٔ قاهره یا مبتنی بر علل و جهاتی خارج از ارادهٔ مالک بوده است.»

۲۱۳. بازدید ضروری از ملک :

در اثر عقد اجاره، منافع به مستأجر تملیک می‌شود و عین همچنان در ملک موجر باقی می‌ماند. ملکیت موجر و مستأجر مستقل است، منتها ارتباط نزدیک عین و منافع این مشکل اساسی را به وجود می‌آورد که چگونه می‌توان حقوق مالک و مستأجر را با هم جمع کرد و آزادی هر یک را محدود به آزادی دیگری ساخت؟

پس از عقد، ملک در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد تا بتواند از آن منتفع شود، ولی باید وسیله‌ای فراهم شود که مالک نیز حق داشته باشد آنچه را به او تعلق دارد حفظ کند.

برای تأمین همین مصلحت، قانون روابط موجر و مستأجر، با الهام گرفتن از عرف و منطق حقوقی، به موجر حق داده است که در موارد ضروری از ملک خود بازدید و آن را تعمیر کند.

به موجب مادهٔ ۲۵ قانون روابط موجر و مستأجر :

«هرگاه مالک قصد فروش ملک خود را داشته یا بخواهد وضع ملک را از جهت امکان وجود خرابی یا کسر و نقصان در آن مشاهده نماید و متصرف ملک مانع از رؤیت خریدار یا مالک گردد، مالک یا نمایندهٔ قانونی او می‌تواند برای رفع ممانعت به دادستان یا دادرس دادگاه بخش مستقل محل وقوع ملک مراجعه کند. دادستان یا دادرس دادگاه حسب مورد به مأمورین شهربانی یا ژاندارمری و یا مأمورین اجرا دستور می‌دهد تا خریدار و مالک به معیت مأمورین ملک را رؤیت نمایند. تشخیص ضرورت امر در حدود متعارف، با مقام صادرکنندهٔ دستور است».[1]

قانونگذار، یک آئین دادرسی استثنایی و شبیه دعاوی تصرف در دادسراها برای ممانعت از حق موجر مقرر داشته است تا نزاع به درازا نکشد.

---

۱. پس از اجرای قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، دادگاه عمومی محل وقوع ملک مرجع رسیدگی است.

۲۱۴. تعمیرهای کلی :

در قانون روابط موجر و مستأجر، حکم مادهٔ ۴۸۶ قانون مدنی تعدیل شده و قانونگذار تعمیرهایی را که مربوط به اصل بنا است و برای جلوگیری از انهدام آن لازم است به عهدهٔ موجر قرار داده و تعمیرهای جزئی و همچنین تزئین و تعمیری را که برای استفادهٔ بهتر از عین ضرورت دارد به عهدهٔ مستأجر گذارده است. در واقع، قانونگذار از اصل حقوقی دیگری پیروی کرده که به موجب آن «هزینهٔ نگهداری هر مالی به عهدهٔ مالک آن است» و خود از اصل عادلانه و کلی‌تر (من له الغنم فعلیه الغرم) ناشی شده است: بدین ترتیب که، چون موجر مالک عین است، باید هزینهٔ نگهداری آن را متحمل شود، و مستأجر نیز هزینه‌های مربوط به بهتر استفاده کردن را بپردازد (مادهٔ ۲۰ قانون).

در صورتی که بین موجر و مستأجر دربارهٔ کلی یا جزئی بودن تعمیرات اختلاف شود، دادگاه رفع اختلاف می‌کند و «**در صورتی که موجر تعمیرات کلی مورد حکم دادگاه را در مهلتی که از طرف دادگاه تعیین می‌شود انجام ندهد مستأجر می‌تواند برای فسخ اجاره به دادگاه مراجعه کند یا از دادگاه درخواست کند به او اجازه داده شود تعمیرات مزبور را با نظارت دایرهٔ اجرا انجام داده و مخارج آن را حداکثر تا معادل شش ماه اجاره‌بها به حساب موجر بگذارد.**» (مادهٔ ۲۱).

در برابر تکلیفی که قانونگذار نسبت به تعمیر اساسی مورد اجاره به عهدهٔ موجر گذارده است، مستأجر را نیز مکلف ساخته تا با تخلیهٔ موقت ملک و اجازهٔ بازدید و رفت و آمد در آن امکان تعمیر مورد اجاره را فراهم آورد. مستأجری که مانع از تعمیر ملک شود، برحسب موارد به رفع ممانعت و تخلیهٔ موقت بنا و جبران خسارت مالک محکوم می‌شود (مادهٔ ۲۲).

۲۱۵. قطع آب و برق و تلفن در موارد خاص :

به موجب مادهٔ ۲۴ قانون روابط موجر و مستأجر و تبصره‌های آن، موجر تنها در دو مورد می‌تواند آب و برق یا تلفن و گاز مستأجر را قطع کند: ۱) در مورد تعمیرات ضروری

۲) در صورت نپرداختن بهای مصرف از طرف مستأجر.

مورد نخست، بدون تردید باید به حکم دادگاه و به عنوان لازمهٔ رفع اختلاف در لزوم تعمیر اساسی انجام شود. در مورد دوم، قانون حکم خاصی ندارد، ولی به نظر می‌رسد که موجر در این مورد نیز حق ندارد دادرس کار خود باشد و مزاحمت در تصرفات مستأجر باید با اجازه و نظارت دادگاه صورت گیرد.

هرگاه موجر بیهوده مزاحم مستأجر شود یا در نتیجهٔ نپرداختن بدهی خود به سازمان‌ها موجب قطع برق و آب و تلفن را فراهم آورد، باید خسارت ناشی از این اقدام نابجا را جبران سازد و مستأجر نیز حق دارد بدهی موجر را بپردازد و از اولین اجاره‌بها کسر کند (تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۴).

۲۱۶. الزام مستأجر به تنظیم اجاره‌نامه :

تکلیف مربوط به تنظیم اجاره‌نامه و تجدید آن اختصاص به موجر ندارد. مستأجر نیز به درخواست مالک باید برای تنظیم اجاره‌نامهٔ رسمی حاضر شود (مادهٔ ۷) و این خود حقی برای موجر است. منتها، ضمانت اجرای این تکلیف در مورد مالک و مستأجر یکسان نیست: در مورد امتناع مالک، نمایندهٔ دادگاه اجاره‌نامه را به مدت یک سال از طرف او امضاء می‌کند و در واقع عقد اجاره به مالک تحمیل می‌شود.

ولی، در مورد مستأجر، عقد اجاره بی‌رضای او منعقد نمی‌شود و در مقابل «... اگر مستأجر تا ۱۵ روز از تاریخ تعیین شده حاضر به امضاء نشود، دادگاه در صورتی که عذر مستأجر را موجه نداند، به تقاضای موجر حکم به تخلیهٔ عین مستأجره صادر می‌کند و این حکم قطعی است» (مادهٔ ۱۹ ق.ر.م.م.).

ب : حقوق و تکالیف مستأجر

۲۱۷. تعهدهای اصلی :

چنان که در قواعد عمومی اجاره آمد (ش ۱۷۷) تکالیف مستأجر را می‌توان در سه

تعهد اصلی خلاصه کرد: ۱) پرداختن اجاره‌بها ۲) خودداری از تعدی و تفریط ۳) تغییر ندادن مصرف مورد اجاره.

در مورد تعهد دوم و سوم، قانون روابط موجر و مستأجر نیز قواعد عمومی را رعایت کرده است، زیرا تعدی و تفریط مستأجر و تغییر مصرف مورد اجاره را از مواردی شمرده است که موجر حق فسخ می‌یابد و می‌تواند تخلیهٔ عین مستأجره را درخواست کند (بند ۶ تا ۸ از مادهٔ ۱۴). ولی، دربارهٔ تعهد به پرداختن اجاره‌بها، در این قانون قواعد خاصی وجود دارد که باید جداگانه بررسی شود. همچنین، نسبت به امکان انتقال به غیر، احکامی پیش‌بینی شده که تازگی دارد و با ملاحظهٔ قواعد مدنی نمی‌توان در این باره داوری کرد. به همین مناسبت، پرداختن اجاره و انتقال به غیر در دو بخش مطالعه خواهد شد:

۱. پرداختن اجاره

۲۱۸. تعیین میزان اجاره و تکلیف مستأجر:

در قواعد عمومی گفته شد که، از نظر اصول حقوقی، در موارد اختلاف باید ادعای مستأجر را مقدم داشت، زیرا قدر متیقن از میزان اجاره مقداری است که او می‌پذیرد و موجر که ادعای توافق به میزان زیادتری را دارد باید دلیل بدهد (ش ۱۷۸). ولی، قانون روابط موجر و مستأجر به این ترتیب اکتفا نکرده و در مادهٔ سوم مقرر داشته است: «**در مواردی که اجاره‌نامه تنظیم شده باشد، میزان اجاره‌بها همانست که در اجاره‌نامه قید شده و هرگاه اجاره‌نامه تنظیم نشده باشد به میزانی است که بین طرفین مقرر و یا عملی شده است و در صورتی که میزان آن معلوم نشود، با رعایت مقررات این قانون، از طرف دادگاه میزان اجاره‌بها به نرخ عادلهٔ روز تعیین می‌شود**». به طور خلاصه، هرگاه میزان اجاره‌بها احراز نشود، این قانون «اجرت‌المثل» را جانشین اجرت‌المسمی می‌کند و بر این مبنا مستأجر را مکلف به پرداختن اجاره می‌سازد، وگاه نیز آخرین اجارهٔ رسمی موجر با مستأجرین سابق را به طور موقت ملاک قرار می‌دهد.

مواد ۶ و ۹ قانون روابط موجر و مستأجر در تکمیل مادهٔ ۳ در این باره مقرر می‌دارد که: «...

در صورتی که اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد (مستأجر ملزم است) اجاره‌بها را به میزانی که بین طرفین مقرر و یا عملی شده و در صورتی که میزان آن معلوم نباشد، به عنوان اجرت‌المثل مبلغی که متناسب با اجارهٔ املاک مشابه تشخیص می‌دهد برای هر ماه تا دهم ماه بعد به موجر یا نمایندهٔ قانونی او پرداخت یا در صندوق ثبت و یا بانکی که از طرف سازمان ثبت تعیین می‌شود سپرده و قبض رسید را، اگر اجاره‌نامه رسمی است، به دفترخانهٔ تنظیم کنندهٔ سند و هرگاه اجاره‌نامه عادی بوده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد قبض رسید را با تعیین محل اقامت موجر به یکی از دفاتر رسمی نزدیک ملک تسلیم و رسید دریافت دارد...».

۲۱۹. چگونگی پرداخت اجاره :

در مورد زمان پرداخت اجاره‌بها، قانون تراضی را حاکم قرار داده است: مستأجر باید در موعدی که بین طرفین در اجاره‌نامه مقرر شده است اجاره‌بها را بپردازد (مادهٔ ۲). در مواردی که آنان در این باره شرط خاصی نکرده باشند، قانون روابط موجر و مستأجر حکم مخالفی ندارد و مقررات قانون مدنی در همه جا رعایت می‌شود: یعنی، مستأجر باید تمام اجاره را به نقد بپردازد (مادهٔ ۴۹۰ ق.م.). ولی، تمایل عمومی بر این است که اجاره‌بها در پایان هر ماه پرداخته شود نه نقد.

پس از پایان اجاره، در مورد اجرت‌المثل، چون منافع به مستأجر تملیک نشده، او تکلیفی در پرداختن اجاره پیش از استفاده از منافع ندارد، یعنی به همان اندازه که از عین منتفع می‌شود باید بدل آن را به عنوان «اجرت‌المثل» بپردازد.

قانون روابط موجر و مستأجر نیز همین ترتیب را پذیرفته و مستأجر را مکلف ساخته است تا اجرت‌المثل را آخر هر ماه ظرف ده روز به موجر بپردازد (مادهٔ ۶).

تنها فرضی که باقی می‌ماند موردی است که اجاره‌نامه‌ای تنظیم نشده، ولی از قبوض پرداخت اجاره و سایر دلایل معلوم است که اجاره‌بها به چه میزان بین دو طرف مقرر و عملی شده است. قانون روابط موجر و مستأجر این فرض را نیز تابع قواعد حاکم بر پرداختن اجرت‌المثل قرار داده است: یعنی مستأجر را موظف ساخته تا ظرف ده روز پس از انقضای هر ماه اجاره را بپردازد (همان ماده).

۲۲۰. تعدیل میزان اجاره :

اجاره‌بها با پیش‌بینی اوضاع اقتصادی در مدت اجاره معین می‌شود. ممکن است وضع آینده با آنچه انتظار می‌رفته تفاوت کند، ولی این خطر در همهٔ معاملات وجود دارد و قبول آن لازمهٔ زندگی اجتماعی و تجارت است. بنابراین، در مدت اجاره هیچ‌یک از طرفین حق ندارد، به بهانهٔ ترقی یا تنزل هزینهٔ زندگی، درخواست تعدیل اجاره‌بها را بکند.

ولی، در قانون روابط موجر و مستأجر، رابطهٔ حقوقی آن دو به طور نامحدود ادامه دارد و معلوم نیست تا کی پای‌بند به قرارداد خود باقی می‌مانند؟

ممکن است انتفاع مستأجر از مورد اجاره سالها ادامه یابد و در این مدت حوادثی رخ دهد که از حوصلهٔ احتمال و پیش‌بینی آنان خارج باشد، پس، عادلانه است که بعد از مدت معقولی هریک از موجر و مستأجر بتواند از دادگاه درخواست تعدیل اجاره را بکند.

مادهٔ ۴ قانون روابط موجر و مستأجر در پیرو همین نظر مقرر می‌دارد: «**موجر یا مستأجر می‌تواند، به استناد ترقی یا تنزل هزینهٔ زندگی، درخواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره‌بها بنماید، مشروط بر اینکه مدت اجاره منقضی شده و از تاریخ استفادهٔ مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ مقرر در حکم قطعی که بر تعیین یا تعدیل اجاره‌بها صادر شده سه سال تمام گذشته باشد. دادگاه با توجه به درصد شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرفی منتشر شده از طرف بانک مرکزی ایران حکم به تعدیل اجاره‌بها خواهد داد. حکم دادگاه در این مورد قطعی است**».

از مفاد مادهٔ ۴ چنین بر می‌آید که، برای پذیرفته شدن درخواست تعدیل، وجود سه شرط لازم است:

۱. **اثبات ترقی یا تنزل هزینهٔ زندگی**: قانون روابط موجر و مستأجر در این باره شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرف منتشر شده از طرف بانک مرکزی را معیار تمیز ترقی و تنزل هزینهٔ زندگی قرار داده. ولی، لایحهٔ قانونی اصلاح مادهٔ ۴ قانون موجر

و مستأجر مصوب ۵۸/۹/۳ مادهٔ ۴ را بدین گونه اصلاح کرد که، به جای توجه به درصد شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرفی، «دادگاه با جلب نظر کارشناس اجاره‌بها را به نرخ عادلهٔ روز تعدیل خواهد کرد» در قانون نهاده شود.

۲. **پایان مدت اجاره**، اعم از اینکه اجاره برای بار اول باشد یا به درخواست یکی از دو طرف تجدید شده باشد.

۳. **گذشتن سه سال از تاریخ استفادهٔ مستأجر از عین مستأجره** یا از تاریخ حکمی که میزان اجاره بها را تعیین کرده است. باید از تاریخی که دربارهٔ میزان اجاره توافق شده است یا دادگاه در آن باره تصمیم گرفته است سه سال گذشته باشد، زیرا ترقی و تنزل هزینهٔ زندگی در کمتر از سه سال به اندازه‌ای نیست که تعدیل اجاره را اقتضا کند.

بنابراین، مبدأ احتساب سه سال باید از تاریخی باشد که مستأجر، به موجب آخرین اجاره‌نامه یا حکم دادگاه، از عین مستأجر استفاده می‌کند و مدت‌هایی که در اجاره‌های سابق گذشته به حساب نمی‌آید.

۱۲۱. اثر حکم تعدیل :

رأی دادگاه در باب تعدیل وضع تازه‌ای تأسیس می‌کند و اصولاً باید ناظر به آینده باشد، ولی مادهٔ ۵ به خاطر رعایت عدالت این نتیجه را نپذیرفته و آن را از تاریخ تقدیم دادخواست مؤثر شناخته است. بنابراین، در موردی که درخواست کننده موجر باشد، می‌تواند ضمن دادخواست تعدیل تفاوت دو اجارهٔ سابق و تعدیل شده را نیز از مستأجر مطالبه کند. **«در این صورت، دادگاه ضمن صدور حکم راجع به تعدیل، مستأجر را به پرداخت مابه‌التفاوت از تاریخ تقدیم دادخواست تا روز صدور حکم محکوم می‌نماید. دایرهٔ اجراء مکلف است خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ قطعیت تا تاریخ اجرای حکم را به قرار دوازده درصد در سال احتساب و از مستأجر وصول و به موجر بپردازد...»**.

۲۲۲. ضمانت اجرای تکلیف مستأجر :

۱. در صورتی که مستأجر از پرداختن اجاره خودداری کند، موجر می‌تواند اجبار او را

بخواهد. منتها، اگر اجاره‌نامه رسمی باشد، این اجبار از طریق اجرای ثبت به عمل می‌آید و در سایر موارد دادگاه باید، به وسیلهٔ صدور حکم، اجاره را از مستأجر بگیرد.

۲. بر طبق قانون مدنی، تأخیر در پرداخت اجاره به تنهایی به موجر حق فسخ نمی‌دهد. ولی، قانون روابط موجر و مستأجر، به موجر حق داده است که در موارد خاص با فسخ اجاره تخلیهٔ مورد اجاره را بخواهد. تخلیهٔ ملک به موجب حکم قطعی دادگاه انجام می‌شود، ولی منوط به تشریفات خاصی است که بدین شرح خلاصه می‌شود:

در موردی که اجرت‌المسمی یا اجرت‌المثل ظرف ده روز از موعد آن (به طور کلی در آخر هر ماه اجاری) پرداخته نشود، موجر می‌تواند به وسیلهٔ اخطار دفتر تنظیم کنندهٔ سند و، در صورتی که اجاره‌نامهٔ رسمی در بین نباشد، به وسیلهٔ اظهارنامه از مستأجر بخواهد که ظرف ده روز قسط یا اقساط عقب افتادهٔ اجاره‌بها یا اجرت‌المثل را بپردازد. در صورتی که در این مهلت نیز اجاره پرداخته نشود، موجر حق دارد، در موردی که سند اجاره رسمی است، از دفتر تنظیم کنندهٔ سند یا اجرای ثبت صدور اجرائیه بر تخلیهٔ مورد اجاره و وصول اجاره‌بها را بخواهد. ولی، هرگاه پس از صدور اجرائیه مستأجر اجاره‌بهای عقب افتاده را به صندوق ثبت بسپارد، اجرائیه توقیف می‌شود، لیکن موجر می‌تواند باستناد این تخلف از دادگاه درخواست تخلیه کند.

«هرگاه اجاره‌نامه عادی بوده یا سندِ اجاره تنظیم نشده باشد، موجر می‌تواند برای تخلیهٔ عین مستأجره و وصول اجاره‌بها به دادگاه مراجعه کند.» (بند ۹ مادهٔ ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر).

«در موارد فوق، هرگاه مستأجر قبل از صدور حکم دادگاه اضافه بر اجاره بهای معوقه صدی بیست آن را به نفع موجر در صندوق دادگستری تودیع نماید، حکم به تخلیه صادر نمی‌شود و مستأجر به پرداخت خسارت دادرسی محکوم و مبلغ تودیع شده نیز به موجر پرداخت می‌گردد، ولی هر مستأجر فقط یکبار می‌تواند از این ارفاق استفاده کند...».

بدین ترتیب، مستأجر در نخستین تخلف با پرداخت صدی بیست اضافه بر اجارهٔ عقب افتاده از تخلیه معاف است، ولی در سایر موارد، هرگاه در تعقیب اخطار یا

اظهارنامه ظرف ده روز بدهی خود را در این زمینه نپردازد، به حکم دادگاه به تخلیه محکوم می‌شود.

۳. تبصرهٔ اول از بند ۹ مادهٔ ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر، مقرر می‌دارد: «در صورتی که مستأجر دو بار ظرف یک سال در اثر اخطار یا اظهارنامهٔ مذکور در بند ۹ این ماده اقدام به پرداخت اجاره‌بها کرده باشد و برای بار سوم اجاره‌بها را در موعد مقرر به موجر نپردازد و یا در صندوق ثبت تودیع ننماید، موجر می‌تواند با تقدیم دادخواست مستقیماً از دادگاه درخواست تخلیهٔ عین مستأجره را بنماید. حکم دادگاه در این مورد قطعی است.»

۲۲۳. اثر قوهٔ قاهره :

تخلیهٔ مورد اجاره کیفر عدم انجام تعهد مستأجر در پرداخت اجاره است. بنابراین، هرگاه علت خارجی که دفع آن در توانایی مستأجر نیست مانع از ایفای به عهد باشد، از نظر رعایت اصول، نمی‌توان او را بر طبق قواعد عمومی تعهدات مسؤول شناخت و وادار به تخلیه کرد. تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۵ قانون روابط مالک و مستأجر ۱۳۳۹ در این باب مقرر کرده بود که؛ «در کلیهٔ موارد مذکور در این ماده، هرگاه مستأجر یا قائم مقام او به جهت قوهٔ قاهره بعد از مدتهای مقرر اجرت‌المسمی یا اجرت‌المثل و یا وجوه دیگر را نپرداخته باشد، دادگاه جهت مزبور را مورد رسیدگی قرار داده و در صورت احراز قوهٔ قاهره از صدور حکم تخلیه خودداری خواهد نمود.»

ولی، مفاد این ماده در قانون روابط موجر و مستأجر نیامده است و همین امر قرینه بر این است که قانونگذار نمی‌خواهد دشواری مربوط به اثبات قوهٔ قاهره دادرسی مربوط به تخلف مستأجر از پرداخت اجاره را پیچیده سازد. در قانون جدید، به مستأجر امکان داده شده است که یک بار از تخلیه معاف شود و در عوض نتواند هیچ عذری برای تخلف خود بیاورد.

۲. عدم انتقال به غیر

۲۲۴. قاعده :

در اثر عقد اجاره، مستأجر مالک منافع می‌شود و، مانند هر مالک دیگر، می‌تواند آنچه را دارد به دیگران انتقال دهد. در قانون روابط مالک و مستأجر نیز امکان انتقال به غیر به عنوان «اصل» پذیرفته شده بود. ولی در قانون روابط موجر و مستأجر این اصل بیهوده دگرگون شده است؛ چنان که مادهٔ ۱۰ در این باره می‌گوید: «مستأجر نمی‌تواند مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید، مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد...».

پس، اگر مستأجر بدون اجازهٔ کتبیِ مالک منافع را به دیگری واگذارد، این عقد اثری در حق او ندارد و به اضافه اختیار فسخ اجاره را به وجود می‌آورد. ولی، در فرضی که مستأجر حق انتقال به غیر را دارد، در قانون مدنی مستأجر دوم در واقع با مستأجر اول رابطهٔ حقوقی پیدا می‌کند و اجاره را به او می‌پردازد، لیکن در قانون روابط موجر و مستأجر، از آنجا که رابطهٔ حقوقی پس از پایان اجاره نیز باقی می‌ماند، مستأجر دوم حق دارد به عنوان متصرف، الزام موجر اصلی را به تنظیم اجاره‌نامه با خود بخواهد و موجر نیز حق دارد به طور مستقیم با مستأجر جزء طرف اجاره واقع شود. بنابراین، هرگاه مستأجر اول حق انتقال به غیر را داشته باشد، مستأجر دوم پس از پایان مدت اجاره جانشین انتقال دهنده می‌شود و از همان مزایای قانونی برخوردار است.

برعکس، مستأجر اول، که بنا به فرض متصرف مورد اجاره نیست، در صورت فسخ یا انقضای مدت اجارهٔ اصلی، دیگر حقی بر آن ندارد و نمی‌تواند تخلیهٔ عین با تعدیل اجاره را بخواهد. از این پس، متصرف با مالک روبرو است و دست‌های واسطه سمتی در این رابطه ندارند.

۲۲۵. محدودیت‌های مستأجر :

در مواردی هم که حق انتقال به غیر به مستأجر داده شده است، او نمی‌تواند مورد

اجاره را به هرکس که می‌خواهد واگذار کند. شغل مستأجر جدید، چه از لحاظ اخلاقی و چه از نظر مرغوب بودن محل کسب و میزان سرقفلی، دربارهٔ موجر مؤثر است. به همین جهت در مادهٔ ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر آمده است که: **«در صورتی که مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت به موجب اجاره‌نامه حق انتقال به غیر داشته باشد، می‌تواند برای همان شغل یا مشابه آن مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد.»**

بنابراین، هرگاه شغل مستأجر کتابفروشی باشد، انتقال مورد اجاره به کتابفروشی یا فروشندهٔ لوازم تحریر یا نمایندگی قلم خودنویس امکان دارد، ولی مستأجر حق ندارد سرقفلی مغازه را به نانوا یا آهنگر واگذار کند.

رویهٔ قضائی باید مفهوم درست واژهٔ «مشابه» را در مادهٔ ۹ معین کند، ولی به نظر می‌رسد تمام مشاغلی که از نظر میزان سرقفلی و مرغوب بودن محل و ملاحظات اخلاقی به ارزش ملک و حیثیت مالک آن صدمه نمی‌زنند و عرف آن را بدین لحاظ در زمرهٔ شغل مستأجر قرار می‌دهد «مشابه» شغل مستأجر است، هرچند که نوع کسب و کار آنها متفاوت باشد.

به هر حال، تخلف از این حکم به موجر حق فسخ می‌دهد و او می‌تواند به این استناد از دادگاه درخواست تخلیه کند (بند ۲ و ۶ مادهٔ ۱۴ و تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۹).[۱]

گفتار سوم : انحلال اجاره

۲۲۶. موارد انحلال :

قانون روابط موجر و مستأجر در فصل چهارم تنها به موارد فسخ اجاره می‌پردازد و دربارهٔ بطلان اجاره حکمی ندارد و این سکوت به معنی حکومت قواعد مدنی و عمومی دربارهٔ بطلان اجاره است.

بحث دربارهٔ بطلان و فسخ اجاره تنها جنبهٔ نظری ندارد. زیرا، نه تنها فسخ اجاره ناظر به آینده است و ابطال آن آثار عقد را از روز نخست از بین می‌برد، درخواست فسخ را

۱. در این باره، رک. ۲۲۵ و ۲۳۲: «انتقال به غیر از طرف مستأجری که این حق از او سلب شده است» و «انتقال ارادی به غیر»؛ همچنین، عقود معین، ج ۱، ش ۳۶۰.

تنها کسی می‌تواند بکند که قانون به او حق داده است ولی تقاضای ابطال از هر ذینفعی پذیرفته می‌شود. پس، جای آن دارد که، با توجه به اصول کلی قانون مدنی، این دو گروه از هم باز شناخته شوند.

ولی، پیش از طرح بحث، بایستی دو نکته را یادآور شد:

۱. پایان یافتن مدت اجاره باعث انحلال رابطهٔ حقوقی دو طرف نمی‌شود: از این پس مستأجر تعهدی در برابر موجر ندارد و ناگزیر به ادامهٔ انتفاع از عین نیست، ولی موجر نمی‌تواند به این بهانه تخلیهٔ مورد اجاره را بخواهد. در واقع، سازمان حقوقی که در اثر قانون روابط موجر و مستأجر به وجود آمده است، رابطهٔ موقت بین این دو را از جانب تعهدات موجر تبدیل به رابطهٔ دایم ساخته است؛ رابطه‌ای که همیشگی است و تنها دلایل ویژه‌ای می‌تواند به آن پایان بخشد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که سپری شدن مدت اجاره هیچ اثری در این رابطه ندارد. در خلال مدت، اجاره‌بها بر طبق قرارداد پرداخته می‌شود و موعد و میزان آن را نمی‌توان تغییر داد. ولی، پس از پایان مدت، اجرت‌المثل در آخر هر ماه پرداخته می‌شود و دو طرف نیز می‌توانند، در صورت جمع آمدن شرایط خاصی، تعدیل اجاره‌بها را از دادگاه بخواهند.

۲. پاره‌ای از فروض فصل چهارم، که قانون روابط موجر و مستأجر در شمار موارد فسخ اجاره آورده، در واقع از موارد بطلان عقد است و صحبت از فسخ قرارداد باطل مسامحه‌ای نابخشودنی است که زیبندهٔ هیچ قانونگذار عاقلی به نظر نمی‌رسد. اگر مخلوط کردن موارد بطلان و فسخ در قانون ۱۳۳۹ ترک اولی به نظر می‌رسید، اطلاق فسخ به مورد بطلان در قانون کنونی قابل مذمت و نکوهش است و بایستی موارد این دو عنوان را به دقت بازشناخت.

الف : بطلان اجاره

۲۲۷. قابل استفاده نبودن عین مورد اجاره :

چنان‌که بارها گفته شد، موضوع عقد اجاره منفعت است و هدف از قرارداد این است که مستأجر بتواند استفادهٔ مطلوب را از عین ببرد. بنابراین، اگر مورد اجاره قابل استفاده نباشد، از لحاظ مستأجر و بر مبنای قراردادی که او با مالک بسته است، مانند موردی است که عین از

بین رفته و توافق بدون موضوع باقی مانده است (مواد ۴۸۱ و ۴۸۳ و ۴۹۶ ق.م.).

در قانون روابط موجر و مستأجر (بند ۱ مادهٔ ۱۲) گفته شده است: «در صورتی که عین مستأجره با اوصافی که در اجاره‌نامه قید شده منطبق نباشد» (با رعایت مادهٔ ۴۱۵ قانون مدنی).

ظاهر این است که نویسندگان قانون ۱۳۵۶ چنین پنداشته‌اند که قابل استفاده نبودن مورد اجاره در هر حال به دلیل فقدان وصفی است که در نظر دو طرف اهمیت داشته و در اجاره‌نامه قید شده است. پس، چه بهتر که خیار تخلف وصف، به گونه‌ای که در قانون مدنی آمده است، ضمانت اجرای قابل انتفاع نبودن مورد اجاره باشد و اصول قانون مدنی نیز محترم بماند. غافل از این که گاه در روابط طرفین انتفاع خاص قید تراضی آنان است: یعنی آنچه موجر و مستأجر اراده کرده‌اند و مورد انتقال قرار گرفته منفعت ویژه‌ای از مورد اجاره است و هرگاه معلوم شود که عین قابلیت انتفاع مورد نظر را ندارد، در واقع به منزلهٔ این است که اجاره موضوع نداشته یا اشتباه در وصف اساسی (خود موضوع معامله) رخ داده است.

چنین موردی را بی‌تردید باید از موارد بطلان اجاره شمرد (مواد ۲۰۰ و ۴۸۱ ق.م.) و نباید آن را با فرضی که مورد اجاره یکی از اوصاف فرعی را دارا نیست مخلوط کرد. به اضافه، گاهی عین مستأجره با اوصاف اجاره‌نامه منطبق است، لیکن حوادث خارجی مانع از این می‌شود که مقصود از اجاره محقق شود: برای مثال، اگر ساختمانی برای احداث بیمارستان روانی اجاره داده شود و ارتش بیابان مجاور آن را به میدان تیر تبدیل کند، مستأجر چه می‌تواند بکند؟ آیا بند ۱ مادهٔ ۱۲ اختیار فسخ اجاره را به او می‌دهد؟

باید اعتراف کرد که، اگر ساختمانی برای ایجاد فروشگاه به اجاره داده شود و بر طبق مقررات شهرداری نتوان پروانهٔ کسب در آن محل صادر کرد، اجاره باطل است. همچنین، در صورتی که خانه‌ای به منظور سکونت اجاره شود و در اثر سیلاب‌های مکرر فصلی سکونت در آن ممکن نباشد، اجاره هیچ اثر حقوقی ندارد، و رویهٔ قضایی ناچار است که نقص قانون را در این باره جبران کند.

برای اجرای درست این فکر باید چند نکته را همیشه به خاطر داشت:

۱. قابل استفاده نبودن باید مربوط به عین مورد اجاره باشد نه وضع حقوقی مستأجر.

پس، اگر مستأجری به دلیل ورشکسته شدن یا از دست دادن مشتریان خود یا بیماری نتواند در محل مورد اجاره به کسب ادامه دهد، عقد اجاره باطل نیست.

۲. در صورتی که نوع انتفاع در اجاره معین نشود یا آنچه معین شده است تنها منفعت منظور دو طرف نباشد، از بین رفتن یکی از صلاحیت‌های انتفاع اجاره را باطل نمی‌کند (مستفاد از مادهٔ ۴۹۱ ق.م.).

برای مثال، هرگاه دکانی برای کسب اجاره داده شود و تنها قصابی در آن امکان نداشته باشد، اجاره باطل نیست، مگر این که معلوم شود همین انتفاع خاص منظور اصلی بوده است.

۳. به موجب مادهٔ ۴۸۱ قانون مدنی: «هرگاه عین مستأجره به واسطهٔ عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می‌شود». در قواعد عمومی اجاره شرح این ماده گفته شد (ش ۱۹۱) و دیدیم که در چنین مواردی اصطلاح بطلان در معنی درست و واقعی خود به کار رفته است. ولی، نویسندگان قانون روابط موجر و مستأجر، بدین گمان که فرض قانون مدنی نیز از موارد اعمال خیار عیب است، مفاد مادهٔ ۴۸۱ را در بند ۲ مادهٔ ۱۲ از موارد فسخ شمرده‌اند.

این پندار نادرست از عدم توجه به اثر عیب مایه می‌گیرد. دلیل بطلان در فرض ما از بین رفتن قابلیت انتفاع مورد اجاره است نه ایجاد عیب تا گفته شود که عیب مورد معامله از موارد فسخ است نه بطلان. به بیان دیگر، عیبی که رفع نشود و قابلیت انتفاع را از بین ببرد در دید مستأجر به منزلهٔ تلف مورد اجاره است و عقدی که موضوع (منفعت) خود را از دست بدهد وجود ندارد تا قابل فسخ باشد. عیبی که موجب فسخ اجاره می‌شود عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد (مادهٔ ۴۷۹ ق.م.)، ولی عیبی که همهٔ منفعت یا قابلیت منفعت را از بین می‌برد، موضوع اجاره را منتفی و عقد را باطل می‌کند.

۲۲۸. انتقال به غیر از طرف مستأجری که این حق از او سلب شده است :

در مواردی که اجاره مقید به انتفاع شخص مستأجر باشد، بدین گونه که تنها او بتواند

مالک منافع و متصرف عین باشد، یا حق انتقال به غیر به طور صریح از مستأجر سلب شود، مالکیت او نسبت به منافع کامل نیست و نمی‌تواند آن را به دیگری منتقل سازد. طبیعی است که در چنین شرایطی، اگر مستأجر منافع را به دیگری انتقال دهد، این اجاره باطل است و موجر می‌تواند ابطال آن و تخلیهٔ مستأجر دوم را از دادگاه بخواهد.

ب : فسخ اجاره

۲۲۹. معنی ویژهٔ فسخ و اثر آن:

از نظر قواعد عمومی، فسخ اجاره ناظر به مواردی است که یکی از دو طرف (مالک یا مستأجر)، بر طبق اختیاری که قانون به او داده است، تمام یا بخشی از مبادلهٔ منافع و عوض را بر هم زند. بنابراین، چون تملیک منافع برای مدت معین انجام می‌شود، فسخ اجاره ناظر به تمام یا بخشی از همان مدت است. پس از پایان مدت، عقد پایان می‌یابد و فسخ آن کاری است بیهوده.

ولی، در قانون روابط موجر و مستأجر، که پایان مدت اجاره رابطهٔ حقوقی بین دو طرف را قطع نمی‌کند و موجر ناگزیر است به درخواست مستأجر اجاره را تجدید کند، فسخ اجاره از جانب موجر به معنی قطع رابطهٔ نیمه قراردادی خود با مستأجر و رهایی از الزاماتی است که قانون بر او تحمیل کرده. برعکس، مستأجر هیچ الزامی خارج از قرارداد خود با موجر در باب ادامهٔ اجاره ندارد و می‌تواند، هرگاه بخواهد، به انتفاع خود پایان دهد و ملک را تخلیه کند. پس، فسخ، در مورد او تنها به معنی مرسوم خود، یعنی بر هم زدن قرارداد اجاره، به کار می‌رود.

به دلیل همین تفاوت، قانون روابط موجر و مستأجر مواردی را که موجر می‌تواند اجاره را فسخ کند از مواردی که مستأجر چنین اختیاری دارد جدا ساخته است و ما نیز همین نظم را در بررسی فسخ اجاره دنبال می‌کنیم.

تفاوت دیگر فسخ اجاره در قانون روابط موجر و مستأجر با اصولی کلی در این است که، به موجب ظاهر مواد ۱۲ و ۱۳ و ۱۴، قطع رابطهٔ قراردادی طرفین با اعلام فسخ انجام نمی‌شود و موکول به صدور حکم فسخ از دادگاه و تخلیهٔ عین مستأجره است: یعنی حکم دادگاه تنها جنبهٔ اعلامی ندارد و خود رابطهٔ حقوقی را قطع می‌کند. این ترتیب، نه تنها بدعتی است که با اصول حقوقی ما تعارض دارد، به زیان فسخ کننده است. زیرا، با این که قانونگذار به او حق فسخ اجاره

را داده است، ناچار باید تا پایان دادرسی و اجرای حکم آن را تحمل کند.

تبدیل پاره‌ای از موارد بطلان اجاره به فسخ نیز زنندگی این نتیجهٔ نامعقول را دو چندان کرده است:

فرض کنیم وجود عیبی مورد اجاره را از قابلیت انتفاع خارج سازد. در این مثال، منفعت مورد انتقال به مستأجر از بین رفته است، پس او نیز از دادن عوض باید معاف شود و پای‌بند چنین عهدی نباشد. ولی، به موجب قانون روابط موجر و مستأجر، کسی که معوضی را دریافت نکرده است باید تا زمان صدور حکم فسخ و تخلیه و تحویل ملک به موجر اجاره را بپردازد و به سایر تعهدات ناشی از عقد اجاره عمل کند، زیرا به موجب مادهٔ ۱۳: «از این تاریخ رابطهٔ استیجاری قطع می‌شود، و تا زمانی که مستأجر به ترتیب فوق عمل نکرده باشد، تعهدات او به موجب مقررات این قانون و شرایط اجاره‌نامه برقرار است.»

بی‌تردید نویسندگان قانون نیز به این گونه نتایج راضی نبوده‌اند، ولی شوق نوآوری و شکستن اصول شناخته شده در قانون مدنی و قناعت به شهود و سلیقه‌های شخصی آنان را گاه از تحقیق و تحلیل علمی مسائل دور کرده است. در حالی که باید انصاف داد یکی از اسباب مهم بی‌نظمی در روابط مالک و مستأجر همین مسامحه‌ها است.

۱. فسخ اجاره به وسیلهٔ مستأجر

۲۳۰. خیار شرط و تخلف از شرط :

چنان که بارها اشاره شد، هدف قانونگذار این است که مستأجر در محل کسب خود از ثبات نسبی برخوردار باشد و مالک او را بیهوده سرگردان نسازد. ولی، اگر او نخواهد از این امتیاز سود برد، قانون نیز اصراری در ادامهٔ اجاره ندارد. به همین جهت، ممکن است در اجاره به سود مستأجر شرط خیار شود: برای مثال، اجاره برای مدت یک سال منعقد شود و مستأجر در پایان شش ماه برای خود حق فسخ بگذارد، یا کارمند دولتی که وضع خود را ثابت نمی‌بیند در اجاره شرط کند که در صورت تغییر محل مأموریت حق فسخ اجاره را داشته باشد (بند ۳ از مادهٔ ۱۲ ق.ر.م.م.).

باید دانست که این گونه شروط به طول معمول در اجارهٔ محل‌های مسکونی می‌شود

و سرقفلی محل‌های کسب و پیشه مانع از این است که مستأجر نفعی در آوردن شرط خیار یا استفادهٔ از آن داشته باشد.

از بند ۳ مادهٔ ۱۲ می‌توان امکان استفاده از خیار تخلف شرط را نیز استنباط کرد، زیرا به موجب قانون مدنی تخلف از شرط ایجاد خیار فسخ می‌کند (مادهٔ ۴۹۶) و قانون روابط موجر و مستأجر استفاده از این گونه خیارها را که متکی بر توافق است برای مستأجر مجاز شمرده است.

۲۳۱. خیار عیب :

چنان که گفته شد، به موجب بند ۲ مادهٔ ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر و در زمرهٔ مواردی که مستأجر می‌تواند صدور حکم به فسخ اجاره را از دادگاه بخواهد، وقتی است که «**در اثنای مدت اجاره عیبی در عین مستأجره حادث شود که آن را از قابلیت انتفاع خارج نموده و رفع عیب مقدور نباشد.**» و دیدیم که حق بود این فرض در شمار موارد بطلان اجاره باشد نه فسخ (ش. ۱۹۱). اکنون هم باید دانست که تغییر اصطلاح قانونگذار، در امکان فسخ اجاره به دلیل خیار عیب نیز ایجاد تردید کرده است.

توضیح آن که در بند ۲ فسخ اجاره بر مبنای عیب مورد اجاره منوط به تحقق دو شرط است: ۱) عیب چنان باشد که عین مستأجره را از قابلیت انتفاع خارج سازد ۲) رفع عیب مقدور نباشد. پس، نتیجه این است که، اگر عیب موجب نقصان منفعت شود یا عیب قابل رفع باشد مستأجر اختیار فسخ ندارد. در قانون نیز اجازه داده نشده است که مستأجر بدین عنوان درخواست تعدیل اجاره‌بها را بکند. پس باید چه کار کند تا این بی‌عدالتی جبران شود؟

این نتیجهٔ نادرست را رویهٔ قضایی باید جبران کند و نقصان منفعت و دشواری انتفاع را به منزلهٔ از بین رفتن قابلیت انتفاع به طور جزئی بشمارد: به مستأجر اختیار دهد اگر مورد اجاره قابل تعمیر است، اجبار موجر را از دادگاه بخواهد و «در صورتی که موجر تعمیرات کلی مورد حکم دادگاه را در مهلتی که از طرف دادگاه تعیین می‌شود انجام ندهد» برای فسخ به دادگاه رجوع کند (مادهٔ ۲۱) و هرگاه رفع عیب با تعمیر جزئی از بین می‌رود خود اقدام کند. لیکن، اگر عیب قابل رفع نباشد، به دلیل نقصان منفعت نیز، درخواست فسخ نماید.

همچنین، چنان که در قانون مدنی آمده است، نظر بدهد که، اگر قابل استفاده نبودن عین کامل باشد و نتوان عیب را رفع کرد، اجاره باطل است. ولی، در حالی که عیب مورد استناد انتفاع از عین را دشوار سازد یا از میزان آن بکاهد، مستأجر حق فسخ پیدا می‌کند.

بدین ترتیب، اگر کسی کارگاهی را اجاره کند و انبار آن به دلایل فنی قابل استفاده نباشد، نمی‌توان گفت مورد اجاره قابلیت استفاده را به کلی از دست داده و عقد باطل است، ولی این عیب نیز مانع از آنست که مستأجر به منظور خود برسد. پس، اگر رفع عیب با الزام موجر به تعمیر در زمانی که عرف متناسب می‌بیند ممکن نباشد، مستأجر حق فسخ پیدا می‌کند (مستفاد از مادهٔ ۴۷۸ ق.م.).

یکی از مصداق‌های خیار عیب که در قانون جداگانه به آن اشاره شده، هنگامی است که: «مورد اجاره کلاً یا جزئاً در معرض خرابی بوده و قابل تعمیر نباشد و یا برای بهداشت و سلامت مضر بوده و باید خراب شود». (بند ۵ مادهٔ ۱۲). از مفاد این بند، امکان استفاده از «خیار تبعض صفقه» را می‌توان استنباط کرد. زیرا، وقتی مستأجر می‌تواند به دلیل عیب در بخشی از مورد اجاره عقد را نسبت به تمام آن فسخ کند، بیگمان در فرض مربوط به بطلان عقد دربارهٔ همان بخش نیز از این حق بهره‌مند می‌شود.

۲۳۲. فوت مستأجر و درخواست تمام وارثان :

اجاره عقدی است لازم و بنابراین به فوت موجر یا مستأجر منحل نمی‌شود. این قاعدهٔ کلی را قانون روابط موجر و مستأجر در موردی که مستأجر در مدت اجاره فوت می‌کند نپذیرفته و به وارثان او حق داده است که به طور اجتماع اجاره را فسخ کنند (بند ۴ از مادهٔ ۱۲). ولی، باید دانست که این حق به مجموع وارثان مستأجر تعلق دارد و تجزیه‌ناپذیر است. پس، اگر مستأجر دارای دو فرزند باشد که یکی از آنها مایل به ادامهٔ کسب در عین مستأجره است، دیگری حتی نسبت به سهم خود حق فسخ اجاره را ندارد.

به نظر می‌رسد که منظور از «اثناء مدت اجاره» اعم از موردی است که مدت اجاره، بر مبنای عقدی که بین دو طرف واقع شده است، پایان نیافته و مستأجر مالک منفعت است، و موردی که مدت عقد پایان یافته ولی هنوز موجبی برای قطع رابطهٔ حقوقی به

وجود نیامده است. زیرا، اگر در خلال مدت وارثان توانایی فسخ اجاره را داشته باشند، به طریق اولی در زمانی که رابطهٔ حقوقی سست‌تر است این حق را دارند.

۲۳۳. خیار تخلف از وصف :

به موجب بند اول مادهٔ ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر، در صورتی که عین مستأجره با اوصافی که در اجاره‌نامه قید شده منطبق نباشد، مستأجر با رعایت مادهٔ ۴۱۵ قانون مدنی حق درخواست فسخ اجاره را از دادگاه دارد. استفادهٔ از این حق در صورتی امکان دارد که مستأجر، پس از اطلاع از تخلف وصف، فوری برای فسخ اجاره اقدام کند.

هرچند که قانونگذار در تنظیم بند اول مادهٔ ۱۲ به شرایط اعمال خیار تخلف از وصف و رؤیت در قانون مدنی توجه داشته است، اجرای این بند با دو مشکل اساسی روبرو است:

۱. بند اول چنان تنظیم یافته که تنها تخلف از اوصاف مندرج در سند اجاره خیار فسخ به وجود می‌آورد. ولی، در مواردی که اجاره‌نامه‌ای تنظیم نشده یا اوصاف مورد اجاره به طور شفاهی مورد توافق قرارگرفته یا در سند دیگری آمده است، فسخ اجاره امکان ندارد. در حالی که این تبعیض را به هیچ منطقی نمی‌توان استوار کرد و معلوم نیست چرا در اجاره‌های شفاهی مستأجر باید حقوق کمتری داشته باشد و نتواند از باب تخلف وصف به دادگاه شکایت کند؟ پس، بایستی چنین تعبیر کرد که عبارت قانون ناظر به مورد غالب است. سند، نقشی جز اثبات وصف مورد تراضی ندارد و متداول‌ترین وسیلهٔ احراز این تراضی است. بنابراین طبیعی است که قانون به عنوان مثال و مظهر اراده به آن اشاره کند. ولی این اشاره نباید قید اثر تخلف از وصف به شمار آید.

۲. در بند اول مادهٔ ۱۲ آمده است که، با رعایت مادهٔ ۴۱۵ قانون مدنی، مستأجر می‌تواند درخواست فسخ اجاره کند. در مادهٔ ۴۱۵، خیار تخلف از وصف و رؤیت فوری است: یعنی صاحب خیار باید در زمانی که عرف آن را فوری می‌داند ارادهٔ خود را دربارهٔ فسخ اعلام کند. ولی در مادهٔ ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر، اعلام ارادهٔ مستأجر کافی برای فسخ اجاره نیست و باید فسخ از دادگاه خواسته شود. پس، این پرسش به میان می‌آید که آیا مقصود این است که مستأجر باید فوری اقامهٔ دعوا کند یا باید فوراً ارادهٔ خود را اعلام کند، هرچند که مدتی پس از آن

به دادگاه دادخواست بدهد؟

هریک از این دو راه‌حل ممکن است طرفدارانی در میان دادرسان پیدا کند، ولی احتمال دوم به نظر قوی‌تر می‌رسد و باید گفت، مستأجر باید بیدرنگ به وسیله‌ای ارادهٔ خود را اعلام دارد تا حق او بر مبنای قانون مدنی محفوظ بماند، سپس، بر پایهٔ این حق دادخواست بدهد.

۲۳۴. سایر خیارات :

گذشته از مواردی که در مادهٔ ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر آمده است، در قانون مدنی احکام دیگری نیز فسخ اجاره را مجاز می‌شمارد که به حکم انصاف باید چنان که هست اجراء شود: برای مثال، در موردی که موجر عین مستأجره را تسلیم نکند و اجبار او به تسلیم نیز ممکن نباشد (مادهٔ ۴۷۶) یا پیش از قبض شخص ثالثی بدون ادعای حق مزاحم مستأجر و مانع از قبض شود (مادهٔ ۴۸۸) و همچنین است در مورد تدلیس موجر و غبن فاحش مستأجر. اجرای این خیارات با هدف قانون روابط موجر و مستأجر نیز منافات ندارد و رویهٔ قضایی می‌تواند پاره‌ای از آنها را به سادگی بپذیرد. برای مثال، وقتی در نتیجهٔ تدلیس موجر وجود وصفی در عین مستأجره وانمود شود که حقیقت ندارد، مستأجر می‌تواند به استناد خیار تدلیس نیز فسخ اجاره را درخواست کند.

ولی، در مورد خیار غبن، ممکن است گفته شود که، نه تنها در مواد ۱۲ و ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر استفاده از خیار غبن پیش‌بینی نشده است، از لحن مادهٔ ۴ نیز چنین بر می‌آید که قانونگذار نخواسته است گزاف یا ناچیز بودن اجاره‌بها را از موجبات فسخ عقد به شمار آورد. زیرا، در آن آمده است که: «موجر یا مستأجر می‌تواند به استناد ترقی یا تنزل هزینهٔ زندگی درخواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره‌بها بنماید...».

برعکس، در برابر این گفته می‌توان استدلال کرد که قانون ناظر به اجاره‌ای است که به موجب قواعد کلی قراردادها باید بر دو طرف تحمیل شود. بنابراین، در فرضی که مغبون حق پیدا می‌کند که عقد را فسخ کند، دیگر جایی برای امکان تعدیل اجاره باقی نمی‌ماند. به ویژه، اگر مبنای خیار غبن نیز شرط ضمنی مربوط به تعادل دو عوض فرض شود، به دشواری می‌توان با وجود بند ۳ مادهٔ ۱۲ از نفوذ این شرط ضمنی در امکان فسخ اجاره

طرفداری نکرد.

هریک از این دو استدلال طرفدارانی دارد، ولی رویهٔ قضایی متمایل به نظر نخست است و بیشتر دادرسان خیار غبن را در اجاره‌های مشمول این قانون جاری نمی‌دانند. با وجود این، نظر دوم از لحاظ حقوقی قوی‌تر است و بعید به نظر می‌رسد که قانونگذار در این مورد خاص ضرر مغبون را ندیده بگیرد و او را تا سه سال پای‌بند به قراردادی سازد که ندانسته بر او تحمیل شده است.

۲. فسخ اجاره به وسیلهٔ موجر

۲۳۵. انتقال ارادی به غیر :

در مواردی که حق انتقال به غیر به مستأجر داده نشده یا عین مستأجره به منظور کسب یا تجارت یا پیشهٔ خود مستأجر اجاره داده شده است، انتقال اجاره به غیر یا واگذاری عملی مورد اجاره به دیگران، به موجر حق فسخ اجارهٔ اصلی را می‌دهد (بند ۱ و ۲ از مادهٔ ۱۴). در این باره باید دو نکته را بر آن‌چه گفته شده است افزود:

۱. انتقال به غیر، اگر از لحاظ حقوقی واقع شود، برای ایجاد حق فسخ کافی است، هرچند که در عمل نیز تفاوت محسوسی برای موجر نداشته باشد؛ چنان که، هرگاه مستأجری که حق انتقال به غیر از او سلب شده است مورد اجاره را به شرکتی که خود مدیر آن است واگذارد، انتقال به غیر تحقق می‌یابد.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به موجب رأی شمارهٔ ۴۲ ـ ۵۱/۸/۲ و در مقام حل اختلاف بین دادگاه‌ها و ایجاد وحدت رویهٔ قضایی، چنین اظهارنظر کرده است:

> «نظر به این که شخصیت حقوقی شرکت تجارتی از مدیران به کلی مجزا و امکان برکناری مدیر شرکت همیشه موجود است و همین که منافع عین مستأجره به شرکتی واگذار شود، مستأجر شرکت است نه مدیر آن، بنابراین هرگاه در سند اجاره حق انتقال به غیر جزئاً یا کلاً از مستأجر سلب شده و او مورد اجاره را به شرکتی، ولو خود مدیر آن باشد، واگذار نماید، انتقال به غیر تحقق یافته و نظر شعبهٔ ۳۹ دادگاه شهرستان تهران در این زمینه صحیح و مطابق با

اصول و موازین قانونی است. این رأی به موجب مادهٔ ۱۳ از مواد اضافه شده به قانون آئین دادرسی کیفری برای دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

۲. در قانون روابط موجر و مستأجر، با این که پرداختن سرقفلی به مستأجر ویژهٔ مواردی شده است که تخلیه به دلیل تقصیر او نباشد، در موردی که انتقال به غیر بدون داشتن چنین حقی انجام می‌پذیرد و رعایت مادهٔ ۱۹ نیز نمی‌شود، مستأجر یا متصرف مستحق دریافت نصف سرقفلی شناخته شده است (تبصرهٔ اول مادهٔ ۱۹).

۲۳۶. انتقال قهری به وارثان مستأجری که شرط مباشرت او شده است :

در قواعد عمومی اجاره دیدیم که در عقد اجاره «... **اگر شرط مباشرت مستأجر شده باشد به فوت مستأجر اجاره باطل می‌گردد.**» (مادهٔ ۴۹۷ ق.م.). ولی در مادهٔ ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر، شرط مباشرت مستأجر از مواردی شناخته نشده که به استناد آن موجر بتواند با فوت مستأجر بطلان اجاره را تقاضا کند. بنابراین، ممکن است گفته شود که، چون قانون در مقام بیان از این مورد نامی نبرده، باید پذیرفت که در اجاره‌های مشمول قانون روابط موجر و مستأجر تخصیص پیدا کرده است. پس، اگر در عقد اجاره لزوم مباشرت مستأجر، به عنوان قید یا شرط، آورده شود، بعد از فوت او موجر نمی‌تواند به استناد این شرط تخلیه ید وارث او را بخواهد. ولی، درخواست فسخ اجاره از طرف وراث مستأجر، در موردی که فوت او شرط ایجاد فسخ معین شده باشد، امکان دارد (بند ۳ از مادهٔ ۱۲ ق.م.م.).

۲۳۷. تعدی و تفریط مستأجر؛ تغییر شغل :

فسخ اجاره و تشخیص موارد تعدی و تفریط تابع قواعد عمومی اجاره است (مادهٔ ۴۸۷ ق.م.). در قانون روابط موجر و مستأجر قید «موجر قادر بر منع آن نباشد» نیامده است. بنابراین، در صورت تعدی و تفریط مستأجر، موجر می‌تواند اجاره را فسخ کند، هرچند که قادر به منع او نیز باشد (بند ۸ از مادهٔ ۱۴). بنابراین، هرگاه مستأجر خودسرانه بخشی از مورد اجاره را خراب کند و به میل خود بسازد یا در حفاظت از آن مواظبت‌های

متعارف را نکند، موجر حق فسخ پیدا می‌کند.

یکی از مصداق‌های تعدی و تفریط موردی است که مستأجر از مورد اجاره برخلاف منظوری که در اجاره‌نامه قید شده استفاده کند (بند ۶ از مادهٔ ۱۴). پس، اگر مستأجر نوع پیشهٔ خود را تغییر دهد و در نظر عرف شغل جدید او مشابه کار پیشین نباشد (بند ۷ از مادهٔ ۱۴)، موجر حق فسخ اجاره را دارد. برای مثال، هرگاه دکانی که برای مبل فروشی به اجاره داده شده تبدیل به نانوایی یا آهنگری شود، موجر حق فسخ اجاره را پیدا می‌کند.

با این که در قانون روابط موجر و مستأجر تصریح نشده است، در مورد تغییر شغل مستأجر، از جمع بند ۶ و ۷ مادهٔ ۱۴ چنین نتیجه می‌شود که:

۱. هرگاه منفعتی که در اجاره به آن اشاره شده است، در نظر طرفین خصوصیتی داشته باشد که با تغییر آن بتوان گفت مورد اجاره برخلاف منظور آنان مورد استفاده قرار گرفته است، تغییر شغل مستأجر به موجر حق فسخ می‌دهد.

۲. هرگاه اعلام شغل مستأجر به منظور محدود ساختن استفاده به شغل معین نباشد، تغییر نوع کار مستأجر در صورتی به موجر حق فسخ می‌دهد که شغل جدید در نظر عرف مشابه گذشته نباشد و باعث ضرر موجر شود (بند ۷ قانون روابط موجر و مستأجر و مادهٔ ۴۹۱ ق.م).

تبصرهٔ ۳ مادهٔ ۱۴، فرضی راکه مستأجر در مورد اجاره مرکز فساد غیرقانونی (مانند قمارخانه و فاحشه‌خانه) دائر کرده است، تابع قاعدهٔ خاص کرده و به دادستان اختیار داده است که، به محض صدور کیفرخواست، به درخواست موجر، مورد اجاره را در اختیار او قرار دهد.

۲۳۸. احتیاج موجر پس از پایان مدت اجاره :

در بند ۲ و ۳ از مادهٔ ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر و در زمرهٔ مواردی که موجر می‌تواند درخواست تخلیهٔ محل کسب را بکند، چنین آمده است: «...۲. **تخلیه به منظور احتیاج شخص موجر، برای کسب یا پیشه یا تجارت ۳. در صورتی که محل کسب یا پیشه یا تجارت مناسب برای سکنی هم باشد و مالک برای سکونت خود یا اولاد یا پدر یا مادر یا همسر خود درخواست تخلیه نماید.**»

مفهوم بند ۳ مادهٔ ۱۵ در قانون روابط موجر و مستأجر تازگی دارد و مشکل کمبود

مسکن باعث شده است که قانونگذار به مالک حق بدهد تا محل کسب و پیشه را نیز به دلیل نیاز به سکونت تخلیه کند.

در این موارد نیز موجر باید احتیاج خود را در دادگاه ثابت کند و ضمانت اجرای مقرر در مادهٔ ۱۶ نیز دربارهٔ موجری که پس از تخلیهٔ مورد اجاره، «چنانکه مورد ادعا بوده است از آن استفاده نکند»، قابل اجراء است. در این ماده می‌خوانیم: «در موارد مذکور در مادهٔ قبل (۱۵)... هرگاه مالک حسب مورد تا شش ماه از تاریخ تخلیه شروع به ساختمان نکند یا حداقل مدت یک سال از محل مورد اجاره به نحوی که ادعا کرده استفاده ننماید، به درخواست مستأجر سابق، به پرداخت مبلغی معادل یک سال اجاره‌بها یا اجرت‌المثل مورد اجاره در حق او محکوم خواهد شد، مگر آنکه ثابت شود تأخیر ساختمان یا عدم استفاده از مورد اجاره در اثر قوهٔ قاهره مبتنی بر علل و جهاتی خارج از ارادهٔ مالک بوده است».

در این ماده، تاریخ آغاز استفاده معین نشده است و بنابراین بایستی آن را «فوری متعارف» شمرد. یعنی، موجر مهلتی دارد که در دید عرف هر نیازمند به مسکن از آن استفاده می‌کند.

احتیاج موجر در زمرهٔ مواردی است که دلیل فسخ اجاره تخلف مستأجر از قوانین نیست و نیاز موجر مبنای ایجاد این حق قرار گرفته است. به همین جهت، در پایان مادهٔ ۱۵ تصریح شده است که: «در موارد سه گانهٔ فوق، ضمن صدور حکم تخلیه، دادگاه به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز حکم خواهد داد.»

۲۳۹. تأخیر در پرداخت اجاره و ضرورت نوسازی؛ ارجاع :

۱. دربارهٔ ضمانت اجرای تأخیر در پرداخت اجاره توضیح کافی داده شد (ش ۲۱۹) و نیازی به تکرار آن نیست و یادآور می‌شویم که نظام پیچیدهٔ قانون نمی‌تواند عدالت مطلوب را در رابطهٔ موجر و مستأجر برقرار کند و نیاز به اصلاح عمیق دارد[1].

۱. برای دیدن نقد قانون، رک. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش ۳۶۴.

۲. در بند ۵ از مادهٔ ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر مواردی پیش‌بینی شده که موجر می‌تواند، به علت ضرورت خراب کردن مورد اجاره یا احداث ساختمان جدید، تخلیهٔ مورد اجاره را بخواهد (ش ۲۰۹).

ج : *اجرای حکم تخلیه*

۲۴۰. مدت اعتبار و مهلت اجرای حکم :

اجرای حکم تخلیه همیشه با صحنه‌های ناخوشایند همراه است. در این مرحلهٔ از دادرسی، چهرهٔ خشن و ناگوار «عدالت» رخ می‌نماید و گاه ناظران بیعدالتی را در اجرای عدالت آشکارا می‌بینند. خانواده‌ای که مسکن و سرپناه خود را از دست می‌دهد و تاجر و پیشه‌وری که محل کار و شغل را ترک می‌گوید در این لحظه شادمانه اقدام نمی‌کند؛ عدالت با همهٔ سرسختی خود را نیازمند به انصاف می‌بیند و از محکوم انتظار ندارد که فرمان او را بی‌مقدمه اجرا کند.

برای ملایم ساختن حکم و رفع عسر و حرج مستأجر است که مادهٔ ۲۷ قانون روابط موجر و مستأجر دادگاه را مأمور می‌کند تا بر مبنای انصاف مهلتی میان ده روز تا دو ماه به مستأجر بدهد. این مهلت از تاریخ قطعی شدن حکم شروع می‌شود و میزان آن در پاره‌ای موارد تغییر می‌یابد و قانونگذار مهلت‌های متناسب با موضوع معین می‌کند، بدین ترتیب :

۱. «در مواردی که حکم تخلیه با پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت صادر می‌شود، مهلت‌های مذکور در این ماده از تاریخ توديع یا پرداخت وجه مزبور شروع می‌شود» (تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۷). فرض قانونگذار این است که سرقفلی پس از قطعی شدن حکم و صدور اجرائیه پرداخته می‌شود. لیکن، هرگاه در جریان دادرسی، همین که موجر احساس کند که در دعوا برنده می‌شود، سرقفلی را ایداع کند، نمی‌توان ادعا کرد که مهلت از همان تاریخ آغاز شده است.

۲. «**در مواردی که حکم تخلیه به علت عدم پرداخت اجاره‌بها صادر می‌شود، حداکثر مهلت ۱۵ روز خواهد بود.**» (تبصرهٔ ۲ همان ماده). یکی از دلایل کوتاه کردن

مهلت در این مورد، شاید این باشد که، اگر مستأجری توانایی پرداختن اجاره را نداشته باشد، حق موجر کمتر در معرض تفویت قرار گیرد.

این دلیل در صورتی قوی است که موجر نتواند بر مبنای اعسار مستأجر فسخ اجاره را درخواست کند (چنان که رویهٔ قضایی نیز تمایل به آن دارد)، و گرنه، هرگاه موجر حق فسخ اجاره را در این مورد داشته باشد، تبعیض بین تقصیر مستأجر در ندادن اجاره‌بها و سایر خطاهای او منطقی ندارد.

در هر حال، برای این که موجر نتواند حکم تخلیه را به عنوان حربهٔ تهدید کننده به زیان مستأجر به کار برد، در قانون روابط موجر و مستأجر، مدت اعتبار حکم تخلیه محدود به یک سال از تاریخ ابلاغ آن شده است. بخش اخیر مادهٔ ۲۸ قانون در این باره مقرر می‌دارد: «... **هرگاه موجر ظرف یک سال از تاریخ ابلاغ حکم قطعی تقاضای صدور اجرائیه ننماید، حکم صادر شده ملغی‌الاثر است، مگر اینکه بین موجر و مستأجر برای تأخیر تخلیه توافق شده باشد.**»

۲۴۱. اجرای حکم تخلیه با پرداخت سرقفلی :

در مواردی که حکم تخلیه به سود موجر صادر می‌شود ولی او نیز بایستی به مستأجر سرقفلی بدهد، معمول دادگاه‌ها این است که، پس از احراز شرایط لازم دعوای تخلیه، از کارشناس برای تعیین سرقفلی نظر می‌خواهند و دادگاه حکم تخلیه را صادر می‌کند، لیکن اجرای آن را منوط به پرداخت یا ایداع مبلغ سرقفلی در صندوق دادگستری می‌سازد.

در مادهٔ ۲۸ این قانون آمده است: «**در مواردی که حکم تخلیهٔ عین مستأجره با پرداخت حق کسب یا پیشه و یا تجارت صادر و قطعی می‌شود، موجر مکلف است ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی وجه معینه را در صندوق دادگستری تودیع یا ترتیب پرداخت آن را به مستأجر بدهد والا حکم مزبور ملغی‌الاثر خواهد بود، مگر اینکه طرفین به مدت بیشتری توافق کرده باشند...**».

۲۴۲. تخلیهٔ عین مشاع :

در فرضی که مورد اجاره سهم مشاع از عینی است و موجر تخلیهٔ آن را درخواست می‌کند، دادرس با این اشکال روبرو است که چگونه می‌توان به درخواست مالک مشاع تمام عین را تخلیه کرد و از سوی دیگر بر چه مبنایی می‌توان درخواست او را که بر طبق قانون حق فسخ و تخلیه را دارد نپذیرفت؟ به بیان دیگر، جمع بین حق شریکی که درخواست تخلیهٔ سهم خویش را دارد با حق سایر مالکان و مستأجری که سهم آنان را نیز در تصرف دارد چگونه ممکن است؟

فرض کنیم دو شریک هر کدام سه دانگ مشاع از دکانی را مالک هستند، و با هم قرار می‌گذارند که دکان را به کتابفروشی اجاره دهند. پس از چندی کتابفروش اجارهٔ ماهیانه یکی از دو شریک را نمی‌دهد یا دکان را به محل انبار کاغذ تبدیل می‌کند و شریک ناراضی برای فسخ و تخلیه به دادگاه می‌رود، ولی شریک دیگر شکایتی ندارد و با مستأجر سازش کرده است. در این فرض، چگونه باید داوری کرد؟

سه دانگ مشاع درخواست کننده منتشر در مجموع دکان است و تخلیهٔ آن با تخلیهٔ تمام دکان ملازمه دارد. پس، یا بایستی به درخواست یکی از دو شریک مستأجر را از تمام دکان بیرون کرد یا درخواست او را نپذیرفت و سهم او را نیز همچنان در تصرف مستأجر باقی گذارد.

دشواری تخلیهٔ عین مشاع ویژهٔ اجرای قانون روابط موجر و مستأجر نیست، در نظام قانون مدنی نیز وجود دارد و اشکالی قدیمی و شناخته شده است[۱].

برای حل اشکال، باید توجه داشت که حق مالکیت هر شریک منتشر در همهٔ اجزاء مال مشاع و مخلوط با حقوق سایر شریکان است. بنابراین، پیش از افراز سهام (که به موجب آن سهم مشاع هریک با بخش معین از ملک مبادله می‌شود) هیچ شریکی نمی‌تواند ادعا کند که بر بخشی معین از مال مشاع، هرچند که ناچیز باشد، حق انحصاری

۱. برای مطالعه دربارهٔ ماهیت شرکت، رجوع شود به: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها و صلح و عطایا (عقود معین، ج ۲)، ش ۴.

دارد. اختلاط حقوق مالکان از اختیار آنان می‌کاهد و یکی از نتایج مهم تعارض دو حق این است که هیچ شریک، جز در موارد خاص، بدون اذن دیگران حق تصرف در مال مشاع را ندارد (مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م.). شریک می‌تواند سهم خود را به اجاره دهد «لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک» (مادهٔ ۴۷۵ ق.م.).

نتیجهٔ دیگر اختلاط سهام این است که تخلیهٔ سهم هر شریک ملازمه با خلع ید از تمام عین دارد. زیرا، در هر جزء مشاع که در تصرف شریک دیگر یا مستأجر او باقی بماند، شریک دیگر نیز سهیم است و تخلیه هنگامی تحقق می‌پذیرد که هیچ جزئی از مال مشاع در تصرف دیگران باقی نماند (مادهٔ ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی، ۵۶/۸/۱۶).

بنابراین، همان‌گونه که شریک حق دارد از تصرف شریک دیگر در مال مشاع جلوگیری کند، حق درخواست تخلیهٔ ملک از دست مستأجر او را هم دارد و نمی‌توان ادعا کرد که مستأجر حقی بیش از موجر خود پیدا می‌کند.

منتها، برای تکمیل بحث باید به این دو نکته نیز توجه داشت :

۱. درخواست کنندهٔ تخلیه حق ندارد تحویل ملک مشاع را به خود از دادگاه بخواهد، زیرا تصرف او نیز مانند شریک دیگر موقوف به اذن سایر شریکان است. همچنین، در مواردی که موجر به دلیل احتیاج شخصی یا خراب کردن و نوسازی عین مستأجره درخواست تخلیه می‌کند، چون مفاد درخواست او تحویل عین مستأجره است و تحقق مبنای درخواست منوط به اذن شریک است، این تقاضا در برابر شریک یا مستأجر او پذیرفته نمی‌شود. زیرا، در این فرض، تا شریک اذن ندهد امکان تصرف خواهان وجود ندارد تا به دلیل لزوم آن بتوان اجاره را فسخ و درخواست تخلیه کرد.

۲. در جایی که دو شریک با توافق هم مال مشترک را به اجاره داده‌اند، تصرف مستأجر در عین با اذن هر دو انجام می‌شود. پس، باید دید آیا یکی از شریکان می‌تواند از اذن خود رجوع کند و تخلیهٔ عین را بخواهد؟

در پاسخ باید گفت، شریک اصولاً می‌تواند هرگاه بخواهد از اذن رجوع کند (مادهٔ ۵۷۸ ق.م.). ولی، در این فرض که اذن در تصرف ضمن عقد اجاره آمده است، رجوع از

آن در صورتی ممکن است که بتوان اجاره را به دلیلی منحل کرد. پس، هرگاه شریک بتواند اجارهٔ سهم خود را فسخ کند، این پرسش طرح می‌شود که آیا حق دارد، با وجود بقاء اجاره نسبت به سهم شریک، از اذن رجوع و تخلیه را درخواست کند؟

پاسخ این سؤال را نیز باید مثبت داد. زیرا، اذن شریک مقید بر بقای رابطهٔ اجاری میان او و مستأجر است: یعنی، به مستأجر بدین عنوان که نمایندهٔ خود او نیز هست اذن در تصرف می‌دهد و با بر هم خوردن این رابطه اذن نیز از بین می‌رود.

گفتار چهارم: حق کسب یا پیشه یا تجارت

۲۴۳. مفهوم این حق :

در تجارت امروز کاردانی و سرمایهٔ تاجر و نوع کاری که انجام می‌دهد بیش از خصوصیت‌های اخلاقی او اهمیت دارد. ممکن است مشتریان تجارتخانه‌ای صاحب آن را نشناسد ولی، به دلیل اعتماد به نام تجارتی و فعالیت مؤسسه، مایل باشند که کالای مورد نیازشان را از فرآورده‌های آن تهیه کنند؛ چنان که وقتی کسی ساعت امگا یا یخچال فیلکو یا اتومبیل شورلت می‌خرد، نظری به امانت یا زیبایی و دینداری و نوع‌دوستی مدیران مؤسسه‌ها ندارد؛ برای او علامت تجارتی یا صنعتی آنها اطمینان‌بخش است.

در واقع، مشتریان دایم به سرمایه و کالای تجارتی و انواع‌افزار و آلات بیشتر از شخصیت تاجر بستگی دارند، در حالی که مشتریان مدنی، مانند کسانی که به پزشک یا وکیل دادگستری رجوع می‌کنند، به اعتبار صلاحیت و حسن رفتار و اخلاق و معلومات خود او است.[1]

دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۱۳۷۱/۷/۱۴ دربارهٔ مطّب پزشکان اعلام می‌کند:

> **«اماکن استیجاری مطّب پزشکان که برای عرضهٔ خدمات علمی و تخصصی پزشکی و معالجهٔ بیماران مورد استفاده واقع می‌شود، محل کسب یا**

۱. رک. بند ج از مادهٔ ۲ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲، الحاقی سال ۱۳۷۲.

پیشه یا تجارت محسوب نمی‌گردد تا حق کسب یا پیشه یا تجارت به آن تعلق گیرد. تخلیهٔ این اماکن هم مشمول مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب دهم اردیبهشت ماه ۱۳۶۲ و مادهٔ ۴۹۴ قانون مدنی و شرایط بین طرفین در ضمن عقد اجاره است».[۱]

بر همین مبنا، رفته رفته این فکر ایجاد شد که حقی را که تاجر بر مشتریان خود دارد باید در زمرهٔ حقوق مالی به حساب آورد؛ حقی که تاجر بتواند در آن تصرف کند و به دیگران انتقال دهد. منتها، چون این حق وابسته به عوامل مؤسس آن است و معقول نیست که تاجر نام تجارتی و پروانهٔ کسب و حق تقدم در اجاره را برای خود نگهدارد و در عین حال حقی را که بر مشتریان دارد واگذار کند، در قوانین این مجموعه را با هم موضوع حکم قرار می‌دهند و در تعریف آن می‌گویند: «حقی است بر مشتریان دائم و سرمایهٔ تجارتخانه».

این حق را، که در فارسی (مایهٔ تجارت) می‌توان ترجمه کرد، دارای عناصر گوناگونی است که بعض از آنها مادی و بعض دیگر غیرمادی است، ولی عنصر اساسی آن حفظ مشتریان تاجر و امتیازی است که در اثر کار و کوشش به دست آورده است[۲].

ولی، سرقفلی در حقوق ایران مفهومی بدین وسعت ندارد. حق سرقفلی، که قانون روابط موجر و مستأجر از آن به (حق کسب یا پیشه یا تجارت) تعبیر کرده: «حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود» و در عرف بازار نیز وقتی می‌گویند تاجری سرقفلی مغازه‌اش را فروخت، یعنی آن را تخلیه کرد و به دیگری واگذار نمود و این مفهوم هیچ‌گاه شامل انتقال سرمایهٔ تاجر و

۱. فیروز فقیه نصیری، مجموعه قوانین حقوقی، ۱۳۷۴، ص ۷۱۶ ـ و دربارهٔ نقد رویهٔ قضایی پیش از این تصمیم، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۳۷۴؛ و دربارهٔ نقد اصطلاح «کسب یا پیشه یا تجارت» و تأیید عدم تعلق سرقفلی به مطّب پزشکان و دفتر وکلاء و سردفتران، رک. همان کتاب، ش ۳۷۳، ص ۵۱۷ به بعد.

۲. در این باره، رک. همان کتاب، قرائت و تمرین (۱۲)، با عنوان «سرقفلی به عنوان یکی از اجزاء دارایی»، ص ۵۲۵ و ۵۲۶.

نام تجارتی او نمی‌شود[۱]. در لایحهٔ روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ نیز سرقفلی از حق بر مشتریان فاصله گرفته است.

۲۴۴. موارد پرداخت سرقفلی :

با توجه به مفاد مواد ۱۵ و ۱۹ قانون، مواردی راکه دادگاه، ضمن صدور حکم تخلیه، موجر را نیز موظف به پرداختن سرقفلی می‌کند، بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

۱) تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید (بند ۱ مادهٔ ۱۵).

۲) تخلیه به دلیل احتیاج موجر برای کسب یا پیشه (بند ۲ مادهٔ ۱۵).

۳) تخلیهٔ محل کسب، به دلیل احتیاج موجر یاکسان نزدیک او به سکونت در آن (بند ۳ مادهٔ ۱۵).

۴) موردی که حق انتقال به غیر از مستأجر سلب شده یا اجاره‌نامه تنظیم نشده باشد و موجر با انتقال منافع به دیگری موافقت نکند و مستأجر بخواهد در برابر تخلیه سرقفلی بگیرد (مادهٔ ۱۹).

۵) در صورتی که مستأجر، بدون تحصیل اذن دادگاه یا موافقت موجر، در مواردی که حق انتقال به غیر را ندارد، منافع را به دیگری منتقل کند، که در این صورت مستأجر یا متصرف در برابر تخلیه استحقاق دریافت نصف سرقفلی را دارد (تبصرهٔ ۱ از مادهٔ ۱۹).

حکم سه مورد نخست روشن است، ولی اجرای مادهٔ ۱۹ و تبصرهٔ آن هنوز به نظر مبهم می‌رسد و این ابهام را در دو نکته باید خلاصه کرد:

۱. دربارهٔ مورد چهارم (مادهٔ ۱۹). اشکال در این است که، مطابق اصول کلی، اگر در مدت اجاره مستأجر بخواهد، برخلاف شرط مندرج در آن، اجاره را به دیگری انتقال دهد و با مخالفت مالک روبرو شود، حق تخلیهٔ عین را ندارد. زیرا تا پایان مدت او منافع را انتقال گرفته و اجاره عقدی است لازم و به این بهانه نمی‌توان مفاد آن را بر هم زد. بر طبق تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ۱۹ نیز حق سرقفلی جدا از منافع عین قابل انتقال نیست و مستأجر نمی‌تواند خود به عنوان مستأجر مالک

۱. برای دیدن انتقاد از اصطلاح حق کسب و پیشه و تجارت، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۳۷۳، ص ۵۱۷ به بعد.

منافع باشد، لیکن سرقفلی را واگذار کند. پس، ناچار باید گفت مادهٔ ۱۹ ناظر به موردی است که مدت اجاره پایان یافته باشد و بر همان مبنا مستأجر به تصرف خود ادامه دهد و در این حالت بخواهد منافع مورد اجاره را به دیگری انتقال دهد، یا چنان که گروهی از دادرسان اعتقاد دارند، به ظاهر ماده اکتفا کرد و حتی در مدت اجاره نیز مستأجر را مجاز به تخلیهٔ عین و گرفتن سرقفلی ساخت و مادهٔ ۱۹ را استثنا بر اصل «لزوم عقد اجاره» دانست. نظر دیگری که با تغییر عبارت قانون سابق (تبصرهٔ مادهٔ ۱۸) و انشاء مادهٔ ۱۹ قوت می‌گیرد این است که، در هیچ حالتی (خواه در زمان اجارهٔ اصلی یا بعد از آن) مستأجر نمی‌تواند، با تخلیهٔ عین مستأجره، موجر را مجبور به پرداختن سرقفلی کند. زیرا، لحن مادهٔ ۱۹ طوری است که معلوم می‌شود ضمانت اجرای نپرداختن سرقفلی در برابر تخلیه این است که مستأجر حق پیدا می‌کند تا برای گرفتن مجوز انتقال به دادگاه رجوع کند.

این نظر، با وضع کنونی مادهٔ ۱۹ قوی‌تر است. پس، در فرضی که مستأجر حق انتقال به غیر را ندارد و مایل است اجاره را به دیگری منتقل سازد، در مرحلهٔ نخست باید به مالک رجوع کند و او هرگاه با انتقال موافق نباشد باید در برابر تخلیه به مستأجر سرقفلی بدهد. لیکن، در موردی که موجر با انتقال موافقت نمی‌کند و خود نیز سرقفلی نمی‌پردازد، مستأجر حق دارد برای تحصیل اذن در دادگاه اقامهٔ دعوا کند. بدین ترتیب، مفاد مادهٔ ۱۹ بدعتی است که با اصل لزوم عقد اجاره و حاکمیت اراده منافات دارد.

۲. در مورد اجرای تبصرهٔ یک مادهٔ ۱۹، در مرحلهٔ نخست این پرسش مطرح می‌شود که انتقال به غیر از طرف مستأجری که این حق را ندارد، چرا مانند سایر مواردی که مستأجر مقصر است (مادهٔ ۱۴)، او را از گرفتن سرقفلی محروم نمی‌سازد و نیمی از حق کسب یا پیشه یا تجارت باید پرداخته شود؟

سؤال دیگر این است که سرقفلی به چه کسی باید پرداخته شود؟ تبصرهٔ یک مقرر می‌دارد که سرقفلی بر حسب مورد به متصرف یا مستأجر پرداخته می‌شود، ولی این پاسخ قانع کننده نیست. زیرا معلوم نمی‌کند که مقصود از «متصرف» کیست. به اضافه در آن نیامده است که در چه مورد سرقفلی به مستأجر و در چه مورد به متصرف تعلق دارد؟

در پاسخ نخستین پرسش می‌توان گفت، چون در مورد محل کسب و پیشه و تجارت هیچ

شرطی حق انتقال به غیر را از مستأجر نمی‌گیرد، اقدام او به انتقال منافع به دیگری، تنها از جهت رعایت نکردن حکم مادهٔ ۱۹ و عدم رجوع به دادگاه و اذن گرفتن از موجر، تقصیر محسوب می‌شود و به همین جهت نیز قانونگذار برای چنین مستأجری نصف سرقفلی را مقرر داشته است. ولی، این پاسخ نیز تمام نیست، زیرا به فرض که پذیرفته شود اسقاط حق سرقفلی کیفر تخلف و تقصیر مستأجر است، معلوم نیست که چرا این تقصیر از تغییر شغل یا تعدی و تفریط همیشه باید سبک‌تر محسوب شود؟

دربارهٔ سؤال دوم، از لحن قانون چنین بر می‌آید که مقصود «انتقال گیرنده» است: بدین معنی که، هرگاه مستأجری که حق انتقال به غیر را ندارد آن را به دیگری اجاره دهد، حکم تخلیه در برابر او نیز قابل اجراء است، هرچند که در دادرسی شرکت نداشته باشد. در این مورد، اگر متصرف قائم‌مقام مستأجر نباشد، می‌تواند به عنوان ثالث بر حکم اعتراض کند ولی حق ندارد، با استناد به اصل نسبی بودن احکام، خود را مشمول آن نداند. با وجود این، آنچه دور از منطق به نظر می‌رسد این است که چرا مالک باید به چنین متصرفی سرقفلی بدهد؟

برای کسی که هیچ رابطهٔ حقوقی با مالک ندارد و در واقع غاصب ملک اوست، چگونه می‌توان حقی تصور کرد و شناسایی این حق با قبول بطلان اجاره چگونه قابل جمع است؟

بر طبق تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۹: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد...». در بند ۲ مادهٔ ۱۴ نیز، در موردی که مستأجر بدون داشتن حق انتقال به غیر و برخلاف مادهٔ ۱۹ عین را به دیگری می‌سپارد، به موجر حق فسخ اجاره داده شده است و دیدیم که فسخ ناظر به رابطهٔ مالک و مستأجر است و اجارهٔ دوم باطل شناخته می‌شود. پس، باید پرسید چگونه امری را که تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۹ منع کرده است، تبصرهٔ ۱ همان ماده می‌پذیرد؟

این تعارض در صورتی از بین می‌رود که گفته شود، اسقاط حق انتقال به غیر در مورد مستأجر محل کسب و پیشه اثر متعارف خود را ندارد و این حق را از مستأجر نمی‌گیرد و به همین دلیل گیرنده نیز مستأجر محسوب می‌شود و به این عنوان از موجر سرقفلی می‌گیرد. ولی، این نتیجهٔ غیرمنطقی را نویسندگان قانون نیز با تردید پذیرفته‌اند، و چنانکه در تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۹ انتقال گیرنده را «متصرف» نامیده‌اند نه مستأجر.

به طور خلاصه، باید پذیرفت که در نوشتن این مواد نظمی که شایستهٔ کار قانونگذاری است

رعایت نشده و مخلوط شدن اصطلاحات و در هم ریختن اصول، شناسایی مبانی قانون و طرز اجرای آن را دشوار ساخته است.

۲۴۵. انتقال سرقفلی :

حق سرقفلی (کسب یا پیشه یا تجارت) ویژهٔ مستأجر محل است و مالک حقی بر آن ندارد. منتها، چون اجاره‌ای که بر طبق قانون روابط موجر و مستأجر منعقد می‌شود حق مالکیت را بیش از حد تراضی طرفین محدود می‌سازد، مالکان نیز پیش از انعقاد اجاره مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر می‌گیرند. گرفتن این پول با مفهوم حق کسب و پیشه یا سرقفلی انطباق ندارد، ولی در عمل رواج کامل دارد و از موضوع بحث ما بیرون است. لایحهٔ روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ گرفتن همین مبلغ را منشأ ایجاد سرقفلی برای مستأجر قرار داده است (مادهٔ ۶).

مستأجری که حق انتقال به غیر به او داده شده است می‌تواند سرقفلی را به ضمیمهٔ منافع مورد اجاره به دیگری انتقال دهد. زیرا انتقال سرقفلی با حفظ مالکیت منفعت امکان ندارد و باید با هم انجام شود.

در هر حال، انتقال حق سرقفلی باید به موجب سند رسمی انجام شود (تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۹). لیکن، دربارهٔ ضمانت اجرای این حکم، قانون راه‌حل صریحی ارائه نمی‌دهد و معلوم نیست که آیا بدون تنظیم سند رسمی انتقال صورت نمی‌پذیرد یا سند عادی و شهادت و اماره برای اثبات انتقال در دادگاه پذیرفته نمی‌شود؟

فایدهٔ یافتن پاسخ جایی ظاهر می‌شود که مستأجر در دادگاه یا مرجع رسمی دیگر اقرار به انتقال سرقفلی کند. در این صورت، هرگاه تنظیم سند رسمی شرط انتقال باشد، این اقرار مؤثر نیست. ولی، در صورتی که دلایل اثبات انتقال را محدود به سند رسمی کند، می‌تواند جای خالی آن سند را پر سازد.

رویهٔ قضائی هنوز مجال آن را نیافته است که در این باره تصمیم قاطع بگیرد. ولی، احتمال نخست به نظر قوی‌تر می‌رسد. زیرا، نه تنها ظاهر تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۹ که انتقال را فقط با تنظیم سند رسمی معتبر می‌داند آن را تأیید می‌کند، مبنای منع قانونگذار حفظ

حقوق موجر و اشخاص ثالث است تا دفاتر اسناد رسمی شرایط امکان انتقال را احراز کنند. امکان انتقال با سند عادی و پذیرفته شدن اقرار به این حکمت خلل می‌رساند و حکم را بیهوده می‌کند.

با وجود این، هیچ مانعی ندارد که مستأجری ضمن سند عادی تعهد به انتقال سرقفلی کند، چنان که قولنامهٔ عادی نیز در مورد انتقال املاک ثبت شده پذیرفته می‌شود و گفته شد که هیچ تعارضی با مادهٔ ۲۲ و مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت ندارد.

در مادهٔ ۶ لایحهٔ روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ می‌خوانیم:

«هرگاه مالک ملک تجاریِ خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثنای مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آن که در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد».

«تبصره: در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبهٔ سرقفلی به قیمت عادلهٔ روز را دارد».

مبحث دوم: اجارهٔ محل سکونت

گفتار نخست: انعقاد و آثار اجاره

۲۴۶. حکومت قانون مدنی:

چنان که اشاره شد، پس از یک دورهٔ طلانی تحول و تغییر، سرانجام دولت با پاره‌ای تردیدها قانع شد که مشکل مسکن را به یاری قانون رابطهٔ موجر و مستأجر نمی‌توان حل کرد. این بیماری اجتماعی و اقتصادی نیاز به درمانی دیگر دارد. فشار بی‌تردید بر مالکان از عرضهٔ مسکن می‌کاهد و بر تقلب‌ها می‌افزاید؛ اجاره‌ها رو به فزونی می‌رود و بار سنگین مستأجران کاهش نمی‌یابد. مهم‌ترین نتیجهٔ این گونه قوانین بر هم زدن صلح اجتماعی بوده است که نگاه اجمالی بر شمار دعاوی مالکان و مستأجران می‌تواند نموداری از چهرهٔ ناپسند آن باشد.

سرانجام در اریبهشت ماه ۱۳۶۲، قانونگذار اجارهٔ محل سکنی را تابع قانون مدنی و تراضی طرفین قرار داد: در مادهٔ اول قانون آمده است: «اماکنی که برای سکنی با تراضی با موجر، به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری، به تصرف متصرف داده شده یا بشود، اعم از اینکه سند رسمی یا سند عادی تنظیم شده یا نشده باشد، مشمول مقررات این قانون است». در مادهٔ ۱۵ همین قانون می‌خواهیم که: «از تاریخ تصویب این قانون اجارهٔ محل‌هایی که برای سکونت واگذار می‌شود، تابع مقررات قانون مدنی و این قانون و شرایط مقرر بین طرفین می‌باشد». بدین ترتیب، روشن است که اجاره‌های آینده

را حکومت تراضی و قواعد مدنی اداره می‌کند و قانون ۱۳۶۲ به عنوان استثناء یا کامل کنندهٔ آنها تلقی می‌شود.

ولی، دربارهٔ اجاره‌های پیش از تصویب قانون، ممکن است گفته شود که، چون مادهٔ ۱۵ ناظر به آینده است و دربارهٔ اجاره‌های گذشته حکمی ندارد، این اجاره‌ها را بایستی تنها بر طبق قانون موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ اداره کرد.

این گفته با ظاهر دو مادهٔ ۱ و ۱۵ قانون سازگار است، لیکن قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد بایستی آن را رد کرد و از ظاهر قانون نیز گذشت: مهم‌ترین هدف قانونگذار از تدوین قانون ۱۳۶۲، ادارهٔ این رابطهٔ حقوقی بر طبق قواعد اسلامی است. بر این مبنا، معقول به نظر نمی‌رسد که اجاره‌ها به دو گروه تقسیم شود: اجاره‌های آینده تابع قانون مدنی و تراضی موجر و مستأجر باشد و قراردادهای پیش از آن از حکومت قواعد یاد شده بیرون بماند. به ویژه، مقررات قانون ۱۳۶۲ چندان مختصر و ناقص است که ناچار بایستی قواعدی آن را تکمیل کند. پس این سؤال مطرح می‌شود که قواعد تکمیلی را در چه مجموعه‌ای باید جستجو کرد: قانون مدنی یا قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶؟ احتمال دوم را بیگمان بایستی رد کرد، زیرا حکمت تدوین قانون ۱۳۶۲ تخصیص دادن قانون ۱۳۵۶ و ایجاد نظام جدید برای اجاره‌های مسکن است. پس، بایستی به قواعد عمومی بازگشت و حکومت قانون مدنی را به عنوان قاعده بر همهٔ اجاره‌های محل سکنی پذیرفت.

بدین ترتیب، آنچه در قواعد عمومی اجاره گفته شد در این مبحث نیز به کار می‌آید و نیازی به تکرار ندارد. پس، تنها به طرح قواعدی می‌پردازیم که در قانون ۱۳۶۲ تازگی دارد و قواعد مدنی را در بخش مربوط به اجارهٔ مسکن تکمیل می‌کند یا تغییر می‌دهد.

نکتهٔ مهمی را که بایستی دوباره یادآوری کرد این است که، به موجب تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۸: «در صورتی که عین مستأجره برای مقصودی غیر از کسب یا پیشه و یا تجارت به اجاره داده شود، از هر حیث تابع مقررات مربوط به اجارهٔ سکنی است». موقعیت تبصره در ذیل مادهٔ ۸، که ناظر به موارد فسخ و تخلیه به وسیلهٔ موجر است، این احتمال را به وجود می‌آورد که این گونه اجاره‌ها، از حیث قواعد فسخ و تخلیه به وسیلهٔ موجر،

تابع قواعد حاکم بر اجارهٔ محل سکونت است. ولی، عموم ناشی از قید «از هر حیث» در متن حکم این احتمال را از بین می‌برد و نشان می‌دهد که تبصره غلط افتاده است.

۲۴۷. تعیین میزان اجاره‌بها :

دربارهٔ تعیین اجاره‌بها، قانون ۱۳۶۲ حکم تازه‌ای ندارد. در مادهٔ ۳ این قانون آمده است: **«اجاره بهای هر محل همان است که در اجاره‌نامه قید شده و اگر اجاره‌نامه‌ای نباشد به مقداری است که بین طرفین مقرر و عملی شده است و، در صورتی که مقدار آن احراز نشود، دادگاه طبق موازین قضایی نسبت به تعیین مقدار مال‌الاجاره اقدام خواهد کرد».**

بخش نخست ماده امری است بدیهی و نتیجهٔ احترام به مفاد عقد اجاره و تراضی دو طرف. بنابراین، جایی که اجارهٔ مسکن تابع قانون مدنی و تراضی قرار می‌گیرد (مادهٔ ۱۵) تصریح بدان لزومی ندارد؛ تکراری است بیهوده که بایستی از آن پرهیز می‌شد. ولی، در فرضی که میزان اجاره‌بها احراز نشود، دادگاه به راه‌حلی روشن نیاز دارد تا در تار و پود اصول عملی و آئین دادرسی ناگزیر از ترک «عدالت» نشود. قانون ۱۳۵۶ در این باره اعلام می‌کند که اجاره بایستی به «نرخ عادلهٔ روز» معین شود. این راه حل با اصل «عدم زیادی اجاره» در صورت اختلاف و ترجیح گفتهٔ مستأجر (مدعی‌علیه) مخالف می‌نماید، لیکن بر این فرض مبتنی است که به طور معمول طرفین بر مبنای «نرخ عادلهٔ روز» توافق می‌کنند. پس، بر پایهٔ ظهور و غلبه، بایستی بر آن حکم کرد.

۲۴۸. تعهد مستأجر به پرداخت اجاره‌بها :

در مادهٔ ۴ قانون روابط موجر و مستأجر آمده است: **«مستأجر باید در موعد تعیین شده اجاره‌بها را بپردازد و، در صورت امتناع از پرداخت تمام اجاره‌بها به موجر یا نمایندهٔ قانونی او، تا ده روز بعد از آخر هر ماه یا هر موعد تعیین شدهٔ دیگر، موجر می‌تواند با رعایت این قانون، در صورتی که اجاره‌نامهٔ رسمی داشته باشد، به دفترخانهٔ تنظیم سند رجوع کند...».**

بخش نخست این ماده، تکرار بند ۳ مادهٔ ۴۹۰ ق.م. است، که به موجب آن، موعد تأدیهٔ اجاره‌بها تابع تراضی است. ولی، در بخش دوم، که مربوط به امکان مطالبهٔ آن به

وسیلهٔ دفتر تنظیم کنندهٔ سند رسمی است، بدعتی آمده است که با تملیکی بودن عقد اجاره و مادهٔ ۴۹۰ مخالف به نظر می‌رسد: توضیح آنکه، چون عقد سبب تملیک تمام منافع مدت اجاره به مستأجر می‌شود و تسلیم عین مستأجره نیز در دید عرف به منزلهٔ تسلیم منافع نیز هست، اگر موعدی در عقد معین نشود، مستأجر باید اجاره‌بها را به نقد بپردازد. ولی، در مادهٔ ۴ به طور ضمنی موعد را آخر هر ماه معین می‌کند. زیرا، «ده روز بعد از آخر هر ماه یا هر موعد تعیین شدهٔ دیگر» موجر می‌تواند برای مطالبهٔ آن اقدام کند. پس، هرگاه موعدی تعیین نشده باشد، قانون آن را پایان هر ماه فرض می‌کند: فرضی که مبتنی بر ظاهر و غلبه است و با حکم تفسیری قانون مدنی تفاوت دارد.

برای صدور اجرائیه نسبت به وصول اجاره‌بها، دو مهلت ده روز به مستأجر داده می‌شود. نخستین مهلت، برای امکان تقاضا و رجوع به دفتر از تاریخ موعد تأدیه، و دومین مهلت، برای صدور اجرائیه از تاریخ ابلاغ اخطار دفتر اسناد رسمی (مادهٔ ۴).

دلیل موجهی که مستأجر برای توجیه نپرداختن اجاره به دادگاه می‌دهد بایستی ناظر به برائت باشد نه تعذر یا اعسار از پرداخت، زیرا تنها در این صورت است که می‌توان دستور اجرا را نادرست تلقی و اجرائیه را ابطال کرد (قانون ۲۷ شهریور ماه ۱۳۲۲). در مورد اعسار و تعذر پرداخت، دادگاه اجرائیه را باطل نمی‌کند، ولی مهلت عادله یا قرار اقساط می‌دهد (مادهٔ ۲۷۷ ق.م.).

۲۴۹. تعمیر مورد اجاره :

دربارهٔ تعمیر مورد اجاره، قانون ۱۳۶۲ احکام قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ را با چند تغییر مختصر تکرار کرده است. در این قانون نیز از اصلی که قانون مدنی پذیرفته و انجام تمام تعمیرهایی را که برای امکان انتفاع از عین مستأجره ضرورت دارد بر عهدهٔ موجر نهاده است، عدول شده و در مادهٔ ۱۰ آن آمده است: **«تعمیرات کلی و اساسی مورد اجاره، که مربوط به اصل بنا یا تأسیسات عمدهٔ منصوبه در آن از قبیل دستگاه های حرارت مرکزی و تهویه و آسانسور باشد، به عهدهٔ موجر است و تعمیرات جزئی و همچنین تزیین و تعمیری که مربوط به استفادهٔ بهتر از مورد اجاره باشد با مستأجر خواهد بود، مگر آنکه در قرارداد به صورت دیگری شرط شده باشد».**

حکم این ماده، درست تکرار مادهٔ ۲۰ قانون ۱۳۵۶ است، جز اینکه در پایان ماده افزوده شده: «مگر آنکه در قرارداد به صورت دیگری شرط شده باشد». این جمله نشان می‌دهد که مادهٔ ۱۰ قاعده‌ای است تکمیلی و طرفین می‌توانند برخلاف مفاد آن با هم تراضی کنند. به نظر می‌رسد که این نتیجه دربارهٔ اجاره‌های محل کسب نیز قابل اجراء است، زیرا انجام این گونه تعمیرها به روابط خصوصی دو طرف بیش از نظم عمومی ارتباط دارد.

«رسیدگی به اختلاف بین موجر و مستأجر راجع به تعمیرات با دادگاه است. در صورتی که موجر تعمیرات مورد حکم دادگاه را در مهلتی که از طرف دادگاه تعیین می‌شود انجام ندهد، مستأجر می‌تواند حق فسخ خود را اعمال کند یا دادگاه به مستأجر اجازه دهد که تعمیرات مزبور را به قدر متعارف با نظارت دائرهٔ اجرا انجام دهد» (مادهٔ ۱۱).

در قانون ۱۳۵۶ آمده است، مخارج تعمیری که مستأجر انجام می‌دهد، حداکثر تا معادل شش ماه اجاره‌بها به حساب موجر گذارده می‌شود (مادهٔ ۲۱). ولی، چنان که می‌بینیم در مادهٔ ۱۱ قانون ۱۳۶۲ میزان این تعمیر به «قدر متعارف» تعیین شده و محدود به شش ماه اجاره‌بها نیست. این ترتیب، عادلانه‌تر به نظر می‌رسد. زیرا، گاه تعمیر اساسی بیش از شش ماه اجاره‌بها هزینه دارد.

در برابر تکلیف موجر به انجام تعمیر اساسی، مستأجر نیز وظیفه دارد که مانع آن نشود. به همین جهت نیز، اگر مانعی به وجود آورد، دادگاه او را به رفع ممانعت محکوم می‌کند (مادهٔ ۱۲). «رسیدگی به دعاوی مذکور در مواد ۱۱ و ۱۲ خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات دادرسی صورت خواهد گرفت و حکم دادگاه قطعی است» (تبصرهٔ مادهٔ ۱۲).

گفتار دوم : فسخ اجاره

۲۵۰. طبیعت و آثار فسخ :

گفته شد که رابطهٔ حقوقی میان موجر و مستأجر در پایان مدت اجاره از بین می‌رود. بنابراین، فسخ اجاره در قانون ۱۳۶۲ همان مفهوم مرسوم خود در قانون مدنی را دارد: ناظر به مواردی است که یکی از دو طرف عقد، بر مبنای شرط خیار یا حکم قانون، در زمان اجاره آن را برهم می‌زند. اثر فسخ نیز مربوط به آینده است، مگر در موردی که سبب خیار (مانند عیب یا تدلیس) از زمان عقد موجود باشد (ش ۱۹۲).

حکومت قانون مدنی بر اجارهٔ محل سکونت، قانونگذار را از وضع احکام ویژه‌ای دربارهٔ فسخ اجاره بی‌نیاز می‌کند. با وجود این، به شیوهٔ قانون ۱۳۵۶، موارد فسخ اجاره به وسیلهٔ مستأجر و موجر در این قانون نیز آمده است:

الف : فسخ اجاره به وسیلهٔ مستأجر

۲۵۱. موارد فسخ :

فسخ اجاره از طرف مستأجر به ندرت انجام می‌شود و او به طور معمول مایل است که رابطهٔ حقوقی را حفظ کند، مگر این که انتفاع از عین مورد اجاره ممکن نباشد. مادهٔ ۶ قانون، مواردی را که مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند، بدین شرح معین کرده است:

۱. **«در صورتی که عین مستأجره با اوصافی که در اجاره‌نامه قید شده منطبق نباشد (با رعایت مادهٔ ۴۱۵ ق.م.)»**: این فرض، تکرار بند اول مادهٔ ۱۲ قانون ۱۳۵۶ است و حکم تازه‌ای ندارد. بنابراین، آن‌چه در خیار تخلف از وصف دربارهٔ اجارهٔ محل کسب و پیشه گفته شد (ش ۲۲۴ و ۲۳۰)، در اجارهٔ مسکن نیز مصداق دارد.

۲. **«در مواردی که مطابق شرایط اجاره حق فسخ مستأجر تحقق یابد»**: این موارد را به دو گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱) خیاری که به موجب شرط برای مستأجر به وجود می‌آید: مانند این که شرط

شود، هرگاه در زمان اجاره در محل دیگری مأمور خدمت اداری گردد، حق فسخ اجاره را تا ده روز دارد (خیار شرط).

۲) خیاری که در نتیجهٔ تخلف از شرایط عقد برای او ایجاد می‌شود: مانند این که موجر بر طبق تعهدی که کرده است حمام خانه را تعمیر نکند. در این باره نیز توضیح لازم داده شد (ش ۲۲۷) و نیازی به تکرار ندارد.

۳. **«هرگاه مورد اجاره کلاً یا جزئاً در معرض خرابی واقع شود، به نحوی که موجب نقص انتفاع گردد و قابل تعمیر نباشد»**: این بند نیز تکرار بخشی از بند ۵ مادهٔ ۱۲ قانون ۱۳۵۶ است. بنابراین، توضیحی را که در خیار عیب داده شد (ش ۱۹۲ و ۲۲۸)، در اجرای این بند نیز بایستی در نظر داشت.

باید افزود که این ماده ناظر به مورد غالب است و نمی‌توان فسخ اجاره را محدود به سه مورد پنداشت: برای مثال، اگر شخص ثالثی مانع از تسلیم عین به مستأجر شود، یا مستأجر بعد از عقد متوجه شود که مغبون شده است، یا بخشی از مورد اجاره تلف شود و مستأجر مایل نباشد از بقیهٔ آن استفاده کند، می‌تواند بر مبنای خیاری که قانون مدنی به او داده است، اجاره را فسخ کند. هدف قانونگذار این بوده است که قواعد اجاره را با فقه امامیه منطبق سازد. بنابراین، چگونه می‌توان پذیرفت که خیارهای مسلم در آن فقه را از بین برده است؟

۲۵۲. تخلیه و تحویل عین :

مستأجری که اجاره را فسخ می‌کند، باید مورد اجاره را به موجر تحویل دهد. قاعده این است که مستأجر تا هنگام فسخ اجاره‌بها بدهد و پس از آن تا زمان تخلیه و تحویل «اجرت‌المثل» بپردازد. زیرا، عقد اجاره با فسخ از بین می‌رود و اجاره‌بها نیز بر مبنای همین عقد بر ذمهٔ مستأجر قرار می‌گیرد. اجرت‌المثل بدل منافع مورد انتفاع است که، اگر شرطی دربارهٔ میزان آن نشده باشد، با توجه به ارزش همانند آن در بازار خواهد بود.

با وجود این، مادهٔ ۷ قانون از این قاعده دست برداشته و مستأجر را تا زمان تحویل، آن هم در دورانی که موجر ممتنع است، مکلف به پرداخت اجاره‌بها کرده است. در این ماده می‌خوانیم که: **«هرگاه مستأجر به علت انقضای مدت اجاره یا در موارد فسخ اجاره مورد**

اجاره را تخلیه کند و موجر از تحویل گرفتن آن امتناع کند، مستأجر می‌تواند به دادگاه محل وقوع ملک مراجعه و تخلیهٔ کامل مورد اجاره را تأمین دلیل نماید و کلید آن را به دفتر دادگاه تسلیم کند.»

«از این تاریخ موجر حق مطالبهٔ اجاره‌بها را نسبت به آینده ندارد و دفتر دادگاه ظرف ۲۴ ساعت به موجر یا نمایندهٔ قانونی او اخطار می‌کند که برای تحویل گرفتن مورد اجاره و دریافت کلید حاضر شود».

ب : فسخ اجاره به وسیلهٔ موجر

۲۵۳. موارد فسخ :

به موجب مادهٔ ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲: «موجر می‌تواند در موارد زیر اجاره را فسخ و حکم تخلیه را از دادگاه درخواست کند:

«الف: در موردی که مستأجر با سلب حق انتقال به غیر مورد اجاره را کلاً یا جزئاً به هر صورتی که باشد به غیر واگذار نموده و یا عملاً در اختیار و استفادهٔ دیگری، جز اشخاص تحت‌الکفالهٔ قانونی خود، قرار داده باشد».

اگر مستأجری که حق انتقال به غیر از او گرفته شده است مورد اجاره را به دیگری واگذار کند، موجر می‌تواند بر مبنای خیار تخلف از شرط اجاره را فسخ کند. ولی، این فسخ به تنهایی برای تخلیهٔ مورد اجاره از متصرف کافی نیست: بر طبق مادهٔ ۴۸۹ ق.م. در مواردی که منافع به دیگری انتقال داده شده است، دعوا بایستی به طرفیت موجر و مستأجر هر دو اقامه شود و حق در برابر هر دو اثبات گردد. بی‌گمان، اجارهٔ دوم باطل است و مالک بایستی ابطال آن را همراه با فسخ اجارهٔ نخستین از دادگاه بخواهد. ولی، در جایی که منافع از آن مستأجر است و مباشرت در انتفاع به دیگری واگذار شده، کافی است که متصرف نیز به دادرسی دعوا شود تا با اثبات حق به طرفیت او دادگاه بتواند حکم تخلیه صادر کند.

«ب: در صورتی که در اجاره‌نامه حق فسخ اجاره هنگام انتقال قطعی شرط شده باشد»: این اختیار، چهره‌ای از «خیار شرط» است که موجر به سود خود می‌کند تا به

هنگام فروش ملک از رغبت خریدار کاسته نشود (مادهٔ ۴۹۸ ق.م.).

باید افزود که این شرط بایستی همراه با مدت استفاده از آن باشد[۱]، زیرا به دستور مادهٔ ۴۰۱ ق.م. «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است». پس، شرط خیار بدون مدت، نه تنها نفوذ حقوقی ندارد، اجاره را نیز از اثر می‌اندازد، مگر این که گفته شود در فرض ما ابتدای خیار تاریخ انتقال و انتهای آن پایان مدت اجاره است. این گفته قوی است، لیکن در رویهٔ قضایی و نوشته‌های علمای حقوق به طور کامل مطرح نشده است و تنها می‌توان گفت که عرف به مسامحه از این گونه شروط می‌گذرد و اهتمام در تعیین مدت خیار نمی‌کند.

«ج: در صورتی که از مورد اجاره برخلاف منظور و جهتی که در قرارداد اجاره قید شده استفاده گردد»: مانند این که محل سکونت به محل کسب و پیشه تبدیل شود، یا محلی را که برای تشکیل انجمن حمایت از حیوانات اجاره داده شده است به کانون شکارچیان تبدیل کنند (بند ۲ مادهٔ ۴۹۰ و مادهٔ ۴۹۲ ق.م.).

در موردی که اجاره بدون قید و شرط انجام می‌پذیرد، قانونگذار فرض می‌کند که این اطلاق در حدود کارهای مباح است. به همین جهت، در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۸ آمده است که: «اگر مستأجر مورد اجاره را مرکز فساد قرار داده باشد، به محض ثبوت آن در دادگاه، به درخواست موجر مورد اجاره را تخلیه و در اختیار موجر قرار می‌دهد».

«د: در صورتی که مستأجر با تعهد به پرداخت اجاره‌بها در مهلت مقرر از آن شرط تخلف نماید»: در حقوق ما، خودداری یکی از دو طرف از انجام تعهدی که دارد به طرف دیگر حق فسخ نمی‌دهد. ملتزم را باید به آنچه بر عهده گرفته است الزام کرد، مگر این که اجبار او ممکن نباشد. فسخ آخرین دارو است که به هنگام تعذر از اجرای مفاد عقد مورد استفاده قرار می‌گیرد. نویسندگان قانون مدنی دربارهٔ شرط فعل نیز همین مبنا را پذیرفته‌اند (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹). با وجود این، در پایان مادهٔ ۴۹۶ می‌خوانیم: «... و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد.»

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۳۳۲.

بنابراین، هرگاه دربارهٔ چگونگی پرداخت اجاره‌بها شرطی نشده باشد، به استناد تأخیر در پرداخت نمی‌توان عقد را فسخ کرد. ولی، در موارد شایع، که طرز پرداخت اجاره‌بها ضمن شرایط درمی‌آید، تخلف از آن به موجر حق فسخ می‌دهد. نویسندگان قانون ۱۳۶۲، برای اطمینان یافتن از ایجاد حق فسخ برای موجر، در بند ۷ مادهٔ ۵ دفاتر اسناد رسمی را مکلف ساخته‌اند که آن را در زمرهٔ شرایط اجاره‌نامه درآورند و تعیین «نحوهٔ پرداخت و مهلت نهایی پرداخت هر قسط» را اجباری ساخته‌اند (بند ۴ مادهٔ ۵).

به نظر می‌رسد که اعسار و ورشکستگی مستأجر نیز در حکم تخلف از شرط است[1]، هرچند که در مادهٔ ۸ تصریح به آن نشده است. زیرا، بایستی آنها را در زمرهٔ موارد تعذر در تسلیم اجاره‌بها دانست.

۲۵۴. خیارهای قانون مدنی :

یکی از موارد مهمی که از موجبات فسخ موجر در قانون ۱۳۶۲ حذف شده، فرضی است که مستأجر مرتکب تعدی و تفریط می‌شود و موجر نیز توانایی منع او را ندارد (مادهٔ ۴۸۷ ق.م.). این حکم، به ویژه جایی که موجر قادر به جلوگیری مستأجر نیست، قاعده‌ای است عادلانه. زیرا، چگونه ممکن است از موجری که عین مورد اجاره را در خطر می‌بیند انتظار داشت که به پیمان با مستأجر بی‌مبالات وفادار بماند؟ بخشی از موارد تعدی و تفریط را می‌توان زیر عنوان بند ج از مادهٔ ۸ آورد، زیرا استفاده از مورد اجاره برخلاف منظور و جهتی که در قرارداد آمده است، یکی از مصداق‌های بارز تعدی است. ولی، مفاد این بند مواظبت متعارف از مورد اجاره را در بر نمی‌گیرد. ضمان مستأجر نیز برای جبران ضرر موجر کافی نیست، زیرا احتمال دارد خسارتی به بار آید که جبران آن در توان مالی مستأجر نباشد. پس، بایستی حذف این عنوان را، که در قواعد عمومی اجاره و قانون مدنی نیز آمده است، از خطاهایی شمرد که رویهٔ قضایی ناچار با آن روبرو می‌شود.

۱. سید محمّد کاظم طباطبایی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۲۱۳ ـ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقیهة، ج ۷، ص ۸۹ ـ ش ۱۸۱، پاورقی ۱ ص ۲۸۶.

به اضافه، نیامدن خیاراتی مانند غبن و تدلیس و تفلیس و تخلف از شرط (با وجود ذکر آن در شرایط اجاره‌نامه)، مادهٔ ۸ را از قواعد عمومی اجاره در قانون مدنی چندان دور می‌کند که این احتمال در ذهن پرورده می‌شود که قانونگذار خواسته است، بر مبنای غلبه، موارد مهم خیار فسخ موجر را یادآوری کند، نه اینکه مادهٔ ۸ را مخصص قانون مدنی قرار دهد. این احتمال را مفاد مادهٔ ۱۵ و اهتمام نویسندگان قانون در رعایت موازین فقهی تقویت می‌کند.

۲۵۵. اجرای حکم تخلیه؛ عسر و حرج مستأجر :

اجرای حکم تخلیه محل برخورد عدالت با انصاف است. پس از پایان مدت اجاره یا فسخ آن، موجر الزامی ندارد که مستأجر را در محل سکونت باقی گذارد و این حق او است که از دادگاه تخلیه را بخواهد. مستأجر نیز وظیفه دارد که مال دیگری را به قهر در تصرف نگیرد و اکنون که پیمانی آن دو را به هم مربوط نمی‌سازد، بیدرنگ مورد اجاره را به مالک بسپارد. پس، دادگاهی که حکم به تخلیه می‌دهد عدالت را اجرا می‌کند.

ولی، گاه اجرای همین عدالت چنان با انصاف و اخلاق تعارض پیدا می‌کند که وجدان هیچ انسان متعارفی از تأثر آن مصون نمی‌ماند. ندای وجدان دادرس نیز به او فرمان می‌دهد که حرمت انصاف را نگاه دارد و در آن مورد خاص اجرای عدالت را موقوف کند یا به تأخیر اندازد. قانونگذار نیز در برابر این ندا بی‌تفاوت نیست و قواعدی دارد که به‌وسیلهٔ آنها حکم عمومی و نخستین خود را تعدیل می‌کند و حکم ثانوی را جایگزین آن می‌سازد. قواعدی مانند «لاضرر» و «عسر و حرج» به همین منظور تدوین شده است تا دادرس بتواند جایی برای انصاف و نداهای اخلاقی در کنار عدالت باز کند.

در قانون ۱۳۶۲ تخلیهٔ محل سکونت با پایان مدت یا فسخ اجاره امکان دارد و به هیچ موجب دیگری نیاز نیست، پس مسألهٔ تخلیه پیچیده‌تر و دشوارتر می‌شود و قانونگذار قاعدهٔ فقهی نفی «عسر و حرج» را مانع اجرای آن ساخته است. در مادهٔ ۹ قانون، که در واقع مهم‌ترین حکم قانون ۱۳۶۲ است چنین می‌خوانیم: **«در مواردی که دادگاه تخلیهٔ ملک مورد اجاره را، به لحاظ کمبود مسکن، موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و**

حرج و موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد».[1]

در اجرای حکم مادهٔ ۹، توجه به چند نکته ما را در این زمینه یاری می‌دهد:

۱. مقصود از «عسر و حرج» به لحاظ کمبود مسکن، این نیست که مستأجر توانایی یافتن مسکن دیگری را نداشته باشد و بدون سرپناه بماند. عسر و حرج مفهومی میانهٔ آسانی و عدم توانایی دارد؛ امری که به سختی میسر است و باعث فشار و تنگنای نامتعارف می‌شود[2].

۲. در اثبات «عسر و حرج» مستأجر مدعی است که بایستی وضع ویژهٔ خود و فشاری را که اجرای حکم تخلیه بر او وارد می‌سازد اثبات کند. ولی، جایی که موجر، در برابر ادعای مستأجر، به عسر و حرج خود در صورت خودداری از تخلیه استناد می‌کند، مدعی محسوب می‌شود.

۳. عسر و حرج مفهومی عرفی و نوعی است: بدین بیان که دادرس باید احراز کند، آیا آنچه مورد استناد قرار می‌گیرد برای انسانی متعارف موجب فشار و دشواری است یانه؟ پس، انسانی زودرنج و کم‌طاقت نمی‌تواند وضع روانی خاص خود را مانع اجرای حکم بداند. با وجود این، بایستی شرایط زندگی مدعی را در نظر گرفت. برای مثال، برای مستأجری که توانایی اجاره دادن محدودی دارد و از داشتن فرزندی فلج یا عقب افتاده رنج می‌برد، تلخی و دشواری از دست دادن سرپناه خانواده همانند توانگری سالم و فعال نیست.

بدین ترتیب، باید انسانی متعارف را که در شرایط خاص مدعی قرار گرفته است، معیار تمیز عسر و حرج قرار داد: درجهٔ شدت فشار و مضیقه را معیار نوعی (انسان متعارف) معین می‌کند، لیکن رسیدگی به شرایط نسبی و شخصی در هر دعوای خاص انجام می‌شود.

۱. برای دیدن مبانی این قاعده در فقه، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۳۹۰.

۲. ظاهر این است که دو واژهٔ «عسر» و «حرج» مرادف و مکمل یکدیگر است تا دشواری و شدت و تنگی و طاقت فرسایی را برساند، ولی بعضی نیز گفته‌اند که «حرج» مرتبه‌ای شدیدتر از «عسر» است که در برابر «یسر» به معنی آسانی و توانایی و استطاعت به کار می‌رود: میرفتاح، عناوین، ص ۹۰ ـ فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، ج ۲، ص ۲۸۸ (حرج = ضیق، بیرون از طاقت، گناه)؛ ج ۳، ص ۴۰۱ (عسر = ضیق و ضد یسر).

۲۵۶. تزاحم دو عسر و حرج مالک و مستأجر:

عسر و حرج مستأجر در صورتی مانع از اجرای حکم تخلیه می‌شود که با عسر و حرج موجر برخورد نکند. در صورت تزاحم این دو ضرورت، چون هیچ‌کدام را بر دیگری نمی‌توان ترجیح داد، باید از آن گذشت و به قاعدهٔ عمومی بازگشت. در فرض ما قاعدهٔ عمومی اجرای عدالت (حکم دادگاه) است.

ولی، این سؤال باقی می‌ماند که اگر عسر و حرج یکی از آن دو (موجر و مستأجر) شدیدتر از دیگری باشد، آیا بایستی پرهیز از ضرر شدیدتر را مقدم داشت؟

در این حالت، هرگاه مضیقهٔ مالک شدیدتر باشد، بی‌گمان باید وضع او را که با اجرای قاعدهٔ عمومی سازگار است مقدم داشت. پس، باید وضعی را تحلیل و بررسی کرد که عسر و حرج مستأجر شدیدتر است. در این وضع است که باید دید آیا شدت عسر و حرج مستأجر می‌تواند مانع از اجرای حکم شود یا به هنگام تعارض با ضرر موجر بایستی بدان بی‌اعتنا ماند؟

از نظر اجرای قواعد و ظاهر مادهٔ ۹، به نظر می‌رسد که عسر و حرج موجر، همین اندازه که محقق شود و از حد متعارف بگذرد، مانع اجرای حکم را از بین می‌برد و اصل حمایت کننده از مستأجر را ساقط می‌کند. با وجود این، انصاف فرمان می‌دهد که، اگر محروم ماندن از انتفاع مورد اجاره به واقع از طاقت موجر بیرون نباشد، به مستأجر مهلتی داده شود. منتها این مدت را بایستی کوتاه‌تر معین کرد. این ندای انصاف بیگمان در روان دادرس اثر می‌گذارد و او را به انعطاف وا می‌دارد.

مبحث سوم: قواعد عمومی اجارهٔ املاک

قانون روابط موجر و مستأجر

مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶

۲۵۷. قانون حاکم بر این روابط :

هدف قانون جدید روابط موجر و مستأجر یکسان کردن قانون حاکم بر اجاره و پرهیز از پراکندگی قواعد گوناگونی است که بر این رابطه حکومت دارد. در راستای همین هدف، ماده یک قانون اعلام می‌کند:

«از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، اجارهٔ کلیهٔ اماکن، اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب و پیشه، اماکن آموزشی، خوابگاههای دانشجویی و ساختمانهای دولتی و نظایر آن، که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود، تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.»

از خواندن این متن چنین احساس می‌شود که سرانجام قانونگذار به هماهنگ ساختن قوانین اجاره توفیق یافته است، ولی تأمل بیشتر و خواندن تمام قانون، این پندار را از بین می‌برد و موانع اساسی در راه وحدت حقوقی نمایان می‌شود:

وضع جدید قانون ومفهومی که از سرقفلی ارائه کرده است با واقعیت‌های خارجی و عادات و رسوم پا گرفتهٔ تجارتی سازگار نیست: برداشتن چتر حمایت از سرِ بازرگانان و

صاحبان خدمات شغلی و حرفه‌ای، مانند مهندسان و کارخانه‌داران و پیشه‌وران، آنان را از جهت اقتصادی دچار بحران می‌کند و به اقتصاد عمومی کشور زیان می‌رساند. آنان که جز سرقفلی محل کسب و پیشهٔ خود، سرمایهٔ واقعی دیگر برای جلب اعتبار ندارند، یکباره به ورشکستگی می‌افتند و کارشان عاید مالکان بزرگی می‌شود که ممکن است به هیچ حرفه و صنعتی نپردازند و تنها از راه سرمایه‌داری بی‌تولید در صحنهٔ اقتصادی ظاهر شوند. دورنمای این خسران بزرگ، قانونگذار را به احتیاط وادار کرده است تا وضع کنونی را برهم نزند. این است که در مادهٔ ۱۱ قمرو حکومت قانون را محدود به اجاره‌های آینده کرده است، در حالی که اطلاق مادهٔ یک اقتضا داشت که آثار نهاد حقوقی اجاره تابع قانون جدید باشد. زیرا، اجارهٔ محل کسب و پیشه، به مفهومی که در قانون ۱۳۵۶ بیان شده است، تنها قرارداد خصوصی و تابع حکومت اراده نیست؛ نهادی است که دولت بر آن نظارت دارد و به وسیلهٔ قانون اداره می‌شود (مانند نکاح و ولایت)، پس مطابق قواعد عمومی رفع تعارض قوانین در زمان، باید تابع قانون حاکم در زمان اجرا (قانون جدید) باشد و حکومت قانون منسوخ گذشته بر آن قطع شود[۱].

به هر حال، در مادهٔ ۱۱ چنین آمده است:

«اماکنی که قبل از تصویب این قانون به اجاره داده شده از شمول قانون مستثنی و مشمول مقررات حاکم بر آن خواهند بود.»

بدین ترتیب، تمام قوانین خرد و کلان گذشته به اعتبار خود باقی است و قانون ۱۳۷۶ نیز بر آن افزوده می‌شود. اجاره‌های محل سکونت پس از چندی به قانون کنونی می‌پیوندد و هم‌اکنون نیز تعارض مهمی با این قانون ندارد، زیرا قانون مدنی و قرارداد خصوصی آن را اداره می‌کند و تفاوت‌ها چشمگیر نیست. تعارض اصلی با قانون ۱۳۵۶ و اجارهٔ محل کسب و پیشه و تجارت است که همچنان باقی می‌ماند و استثناها و توابع خود را نیز به دنبال می‌کشد. زیرا، پس از پایان مدت اجاره‌های کنونی نیز، اگر به حکم قانون (و حتی در اثر تراضی به اجرای آن) اجاره برای مدتی دیگر ادامه پیدا کند، باید آنچه را

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، ش ۹۹ به بعد (اثر فوری قانون) - همچنین، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۳۲۷ (قلمرو اجرای قانون در زمان).

واقع می‌شود از آثار و دنبالهٔ موقعیت پیشین شمرد. رویهٔ قضایی نیز به طور قاطع چنین اجاره‌هایی را تابع قانون ۱۳۵۶ می‌داند[1]. پس، باقی می‌ماند معدودی از اجاره‌ها که به دلیلی فسخ می‌شود و موجر آن را به دیگری برای محل کسب اجاره می‌دهد. این اجاره‌ها نیز نسبت به شمار کل اجاره‌های محل کسب اندک است که انتظار می‌رود سالیان دراز باقی بماند، به ویژه که همگامی با مصالح اقتصادی را نیز به همراه دارد.

۲۵۸. حکومت قانون یا حکومت تراضی :

حکم مادهٔ یک برای انتخاب نظام قراردادی یا قانونی نیز معیاری ارائه نمی‌دهد یا دست کم اصلی را پیشنهاد نمی‌کند که به یاری آن بتوان برای رفع شبهه در مصداق‌ها از آن استفاده کرد. در مادهٔ یک، سه منبع برای تمیز قاعدهٔ حاکم بر اجاره معین شده است: ۱) قانون مدنی؛ ۲) قانون ۱۳۷۶؛ ۳) شرایط مقرر بین موجر و مستأجر یا حکومت تراضی. هریک از این سه منبع قواعد ویژهٔ خود را دارد و معلوم نیست کدامیک را باید ترجیح داد؟

در رابطهٔ قانون مدنی و قانون ۱۳۷۶، باید حکومت قانون جدید را پذیرفت، ولی آیا این ترجیح در فرضی که تراضی دو طرف بر حکومت قانون مدنی است رعایت می‌شود، یا باید حکومت تراضی را مقدم شمرد، مگر این که نظم عمومی پشتوانهٔ قانون جدید باشد؟ در قانون ۱۳۵۶ سلطه و حکومت قانون بر تراضی پیش‌بینی شده بود و مادهٔ ۳۰ هرگونه تمهیدی را که برای فرار از مقررات قانون به کار رود بی‌اثر می‌شناخت. ولی، در قانون ۱۳۷۶ راه‌حل کلی برای رفع تعارض ارائه نشده است. با وجود این، از مفاد قانون چنین بر می‌آید که نویسندگان آن خواسته‌اند احکام قانون مخصص قواعد عمومی قرار گیرد.

۱. برای دیدن موضوعی مشابه، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۳۶۸ ـ و برای دیدن رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در مقام ایجاد وحدت رویه قضائی، رک. رأی شمارهٔ ۹/۸۶ ـ ۱۹۲۸، ۱۳۷۶/۸/۴: مجموعه قوانین ۱۳۷۶، ص ۶۷۹، در مورد اجرای مادهٔ واحدهٔ الحاق شده به قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ در سال ۱۳۶۵ که ناظر به اجاره‌های بعد از تصویب مادهٔ واحده است و دیوان عالی اعلام می‌کند که: «قانون مزبور ناظر به عقود اجاره‌ای است که بعد از تصویب آن قانون و ابتدائاً منعقد می‌شود و شامل اماکن تجاری که سابقهٔ اجاره به تاریخ قبل از تصویب قانون فوق‌الذکر داشته‌اند نمی‌شود...».

در نتیجه، باید پذیرفت که روح قانون ۱۳۷۶ با مادهٔ ۳۰ قانون ۱۳۵۶ تعارضی ندارد تا آن را نسخ کند. ولی، در آئین‌نامهٔ قانون نکته جالبی وجود دارد که حکایت از برتری حکومت تراضی بر قانون دارد: انتخاب عنوان صلح منافع و رهن و مانند اینها مانع اجرای قانون است، هرچند نتیجهٔ آن تملیک منافع به عوض معلوم باشد (بند ۳ مادهٔ آئین‌نامهٔ قانون)، بدین ترتیب، راه صورتگرایی و حیله‌ای را که قانون ۱۳۵۶ بسته بود، آئین‌نامهٔ قانون دوباره می‌گشاید.

۲۵۹. انعقاد و اثبات اجاره :

مادهٔ ۲ قانون ۱۳۷۴، دربارهٔ تشریفات تنظیم اجاره‌نامهٔ عادی، مقرر کرده است:

«قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستأجر برسد و به وسیلهٔ دو نفر افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شهود گواهی گردد.»

تشریفات تنظیم سند به خاطر این است که دادگاه، بر پایهٔ مفاد آن و پس از رسیدگی مقدماتی، دستور تخلیه می‌دهد و ناچار باید تضمینی برای حفظ اصالت آن پیش‌بینی شود. از جمع حکم ماده با مفاد مادهٔ یک، که تنظیم اجاره‌نامهٔ رسمی و عادی را شرط اجرای قانون قرار داده است، چنین بر می‌آید که اجرای قانون جدید دربارهٔ اجاره‌هایی ممکن است که با سند رسمی و عادی با تشریفات مقرر در مادهٔ ۲ باشد. زیرا، هرچند ضمانت اجرای تخلف از شرایط تنظیم اجاره در قانون پیش‌بینی نشده است، نباید حکم را لغو شمرد. وظیفهٔ قانونگذار نیز به ارشاد و راهنمایی محدود نمی‌شود و قانون باید حاوی امر و نهی باشد. به‌ویژه، از آنجا که دو قانون ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲ تصرف به عنوان اجاره را امارهٔ وجود رابطهٔ استیجاری می‌داند و اجارهٔ شفاهی را کافی می‌بیند، قید اجاره‌نامهٔ رسمی و عادی در قانون ۱۳۶۷ نشان می‌دهد که دست کم اجرای قانون جدید تنها دربارهٔ مستأرانی اجرا می‌شود که سند اجاره در دست دارند.

۲۶۰. تخلیهٔ مورد اجاره در پایان مدت :

یکی از ویژگی‌های قانون ۱۳۷۶ در برابر قوانین پیشین اجاره، تسریع در تخلیهٔ مورد اجاره پس از پایان مدت آن است: قانون ۱۳۵۶، در مورد محل کسب، پایان مدت اجاره را سبب قطع رابطهٔ حقوقی موجر و مستأجر نمی‌داند و به مستأجر متصرف حق می‌دهد که الزام موجر را به تجدید اجاره بخواهد. ولی، در قانون ۱۳۷۶، به منظور رفع نگرانی موجر از تخلیهٔ ملک پس از پایان مدت اجاره، مقرر داشته است:

پس از انقضای مدت اجاره، بنا به تقاضای موجر یا قائم‌مقام قانونی وی، تخلیهٔ عین مستأجره در اجارهٔ با سند رسمی، توسط دوایر اجرای ثبت ظرف یک هفته، و در اجارهٔ با سند عادی، ظرف یک هفته پس از تقدیم تقاضای تخلیه، به دستور مقام قضایی در مرجع قضایی توسط ضابطین قوهٔ قضاییه انجام خواهد گرفت.»

در مادهٔ ۵ قانون نیز، دفاع احتمالی مستأجر دربارهٔ داشتن حقی (از جمله سرقفلی یا حق داشتن بنا بر ملک) را مانع اجرای دستور تخلیه نکرده است. مفاد مادهٔ ۵ بدین عبارت بیان شده است:

چنانچه مستأجر در مورد مفاد قرارداد ارائه شده از سوی موجر مدعی هرگونه حقی باشد، ضمن اجرای دستور تخلیه، شکایت خود را به دادگاه صالح تقدیم و پس از اثبات حق مورد ادعا و جبران خسارات وارده حکم مقتضی صادر می‌شود».

عبارت‌ها، از نظر فنی ناقص و قابل انتقاد و راه‌حل‌ها خلاف اصول است: به عنوان مثال، دوایر اجرای ثبت مأمور اجرای مفاد اسناد رسمی هستند نه قانون. اجرای قانون (مادهٔ ۴۹۴ ق.م.)، بر طبق اصول، با دادگاه است و دخالت مأمور ثبت در صورتی ضرورت دارد که مستأجر ضمن سند اجاره تعهد به تخلیه و تحویل مورد اجاره پس از پایان مدت کرده باشد. در این فرض، موجر می‌تواند اجرای تعهد تصریح شده در سند را از مأموران ثبت بخواهد. ولی، در فرضی که در سند تعهدی نیامده است، اجرای پیامدهای قانونی تنظیم سند نیاز به تمیز قانون حاکم و حقوق مستأجر و مالک و، به طور خلاصه، قضاوت دارد که در صلاحیت دادگاه است نه مأمور اجرا. ولی، در ماده ۳ به این

تقسیم کار مهم اداری از قضایی توجه نشده و صدور دستور اجرای تخلیه به عهدهٔ دایرهٔ ثبت گذارده شده است.

در مورد اجاره‌نامه‌های عادی وضع از این هم بدتر است: نخستین پرسشی که به ذهن می‌رسد و پاسخ آن را در قانون نمی‌یابد این است که مرجع صالح قضایی کیست؟ و آیا جز دادگاه مقامی هست که بتواند در چنین مواردی دستور تخلیه بدهد؟ پس، چرا قانون آن را «مقام قضایی در مرجع قضایی» می‌نامد؟ مادهٔ ۴ آئین‌نامهٔ اجرای قانون، مصوب ۷۸/۲/۱۹ پاسخ این پرسش را می‌دهد و رئیس حوزهٔ قضایی را به دادگاه افزوده است و از این نظر خلاف اصول حقوقی است، مگر اینکه گفته شود دخالت او به عنوان رئیس شعبهٔ یک است نه مقام اداری ریاست حوزه.

پرسش بعد این است که، اگر مقصود از مقام قضایی همان دادگاه باشد، شروع به رسیدگی در آن منوط به تقدیم دادخواست است و رسیدگی به دادخواست آیین دادرسی ویژه، و از جمله احضار دو طرف و رسیدگی به دلایل مدعی و دفاعهای منکر، دارد که احتمال دارد ماهها به درازا کشد. پس، چگونه می‌توان ظرف یک هفته دستور تخلیه صادر کرد؟ در نتیجه، به ذهن می‌رسد که نویسندگان قانون خواسته‌اند دستور اجرا را در شمار دستورهای اجرایی یا موقت دادگاه آورند و حکم تلقی نکنند و به همین جهت نام دستور را به جای حکم به کار برده‌اند: بدین معنی که، مقام قضایی پایان مدت اجاره را از روی مفاد سند احراز کند و دستور تخلیه بدهد. مادهٔ ۳ آئین‌نامهٔ قانون نیز برای رسیدگی به درخواست تخلیه، تقدیم دادخواست و رعایت تشریفات آیین دادرسی را ضروری ندانسته است.

با وجود این، پذیرش این نتیجه بسیاری از اصول را نقض می‌کند، زیرا احتمال دارد سندی مجعول باشد یا در سند دیگری مفاد آن تغییر کرده باشد یا مستأجر در ساختمان احداث شده به اذن موجر ساکن باشد یا دو طرف دربارهٔ اصل تخلیه اختلاف داشته باشند و مانند اینها. نشنیدن این گونه دفاع‌ها و صدور دستور تخلیه پیش از رسیدگی، نوع شتابزدگی است. وانگهی، در مادهٔ ۴ مسائلی پیش‌بینی شده که نیاز به دادرسی و رفع اختلاف بین دو طرف دارد. در این ماده چنین می‌خوانیم:

«در صورتی که موجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض‌الحسنه و یا سند تعهدآور و مشابه آن از مستأجر دریافت کرده باشد، تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر موکول به استرداد سند یا وجه مذکور به مستأجر و یا سپردن آن به دایرهٔ اجراست. چنانچه موجر مدعی ورود خسارت به عین مستأجره از ناحیهٔ مستأجر و یا عدم پرداخت مال‌الاجاره یا بدهی بابت قبوض تلفن، آب، برق و گاز مصرفی بوده و متقاضی جبران خسارات وارده و یا پرداخت بدهیهای فوق از محل وجوه یاد شده باشد، موظف است همزمان با تودیع وجه یا سند، گواهی دفتر شعبهٔ دادگاه صالح را مبنی بر تسلیم دادخواست ضرر و زیان به میزان مورد ادعا به دایرهٔ اجرا تحویل نماید. در این صورت، دایرهٔ اجرا از تسلیم وجه یا سند به مستأجر به همان میزان خودداری و پس از صدور رأی دادگاه و کسر مطالبات موجر اقدام به رد آن به مستأجر خواهد کرد».

حکم این ماده در مورد سند عادی و رسیدگی مقام قضایی نیز قابل اجراست و دادگاه باید صدور دستور تخلیه را موکول به دعاوی خسارت نکند. استثنایی بودن قواعد ایجاب می‌کند که ویژهٔ تخلیه در پایان مدت باشد و شامل درخواست تخلیه در زمان اجاره نشود (بند ۴ مادهٔ یک آئین‌نامه).

به طور خلاصه، از جمع قواعد چنین بر می‌آید که دادگاه باید رسیدگی به درخواست تخلیه را همچون تقاضای دستور موقت تلقی کند و، پس از ابلاغ دادخواست به خوانده و احضار دو طرف در وقت فوق‌العاده، رسیدگی مقدماتی به سند اجاره و اسناد دیگر را آغاز کند، و همین که احراز شود، ۱) اجاره‌نامه اصیل است و مدت آن سپری گردیده ۲) ودیعهٔ گرفته شده به مستأجر رد یا به صندوق امانات سپرده شده است، دستور تخلیه را صادر کند و به انتظار فصل دعاوی دیگر نماند. نشانه‌هایی از نفوذ این نظر اصولی در رویهٔ قضایی نیز دیده می‌شود؛ چنان که شعبهٔ ۱۳۰۳ دادگاه عمومی تهران در دادنامهٔ شمارهٔ ۱۴۰۵ ـ ۷۷/۱۰/۱۵ در مورد تخلیه، پس از رسیدگی حکم صادر کرده است. ولی، پیش از این رسیدگی مقدماتی، صدور دستور تخلیه شتاب ناروا در قضاوت و سبب مضیقه‌ای نامتعارف است که عدالت آن را نمی‌پذیرد. مهلت یک هفته در قانون نیز برای

فراهم ساختن مقدمات این دادرسی فوری است.

پس از صدور دستور نیز نباید آن را قطعی پنداشت. مستأجر می‌تواند درخواست رسیدگی ماهوی به آن کند و دادگاه حق دارد پس از رسیدگی آن را لغو کند. مادهٔ ۱۸ آئین‌نامهٔ قانون در این باره می‌گوید: «در صورتی که دستور تخلیهٔ مورد اجاره صادر شود و مستأجر نسبت به اصالت قرارداد مستند دستور شکایتی داشته و یا مدعی تمدید قرارداد باشد، شکایت خود را به دادگاه عمومی محل وقوع ملک تقدیم می‌نماید. اعلام شکایت مانع اجرای دستور تخلیه نمی‌باشد، مگر اینکه دادگاه رسیدگی کننده شکایت مستأجر را مدلل بداند. در این صورت، پس از اخذ تأمین متناسب با ضرر و زیان احتمالی موجر، قرار توقیف عملیات اجرایی تخلیه را صادر خواهد نمود».

۲۶۱. سرقفلی؛ مفهوم :

در قانون ۱۳۷۶، سرقفلی مفهومی به مراتب محدودتر از حق کسب و پیشه و تجارت دارد؛ حاصل دسترنج و شهرت و امانت تاجر و پیشه‌ور نیست و از شاخه‌های حق مالکیت موجر و اختیارهای ناشی از آن است. از این دیدگاه، مالک می‌تواند در آغاز اجاره از مستأجر سرقفلی بگیرد و امتیاز «تقدم در اجاره» را به او بدهد. مستأجر هم پس از تملک حق تقدم می‌تواند آن‌چه را تملک کرده است به دیگران یا به مالک انتقال دهد. به مفاد مادهٔ ۶ و تبصره‌های آن توجه کنید:

«هرگاه مالک ملک تجاری خود را به اجرا واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین، مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.

تبصره ۱ ـ چنانچه مالک سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید، پس از پایان مدت اجاره مستأجر اخیر حق مطالبهٔ سرقفلی از مالک را ندارد.

تبصره ۲ ـ در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر

منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبهٔ سرقفلی به قیمت عادله روز را دارد».

بدین ترتیب، سرقفلی را از دیدگاه نویسندگان قانون ۱۳۷۶ باید به «حق تقدم در اجاره» تعریف کرد؛ حقی که ناشی از مالکیت عین (برای موجر) یا منفعت (برای مستأجر) است.

۲۶۲. تملک مستقیم حق از مالک :

مستأجر می‌تواند این حق را از راه انتقال مستقیم از مالک و بدون مدت به دست آورد: در این صورت، هنگام تخلیه می‌تواند بهای این حق را از مالک بگیرد (تبصرهٔ ۲). تملک سرقفلی مانع از تخلیهٔ ملک در پایان مدت اجاره نیست، ولی مالک را مکلف می‌سازد که برای بازستاندن حق تقدم بهای آن را بدهد.

اصطلاح «طریق صحیح شرعی» در تبصرهٔ ۲ به معنی بازگشت دوباره به مشهور در فقه و از یاد بردن مادهٔ ۱۰ ق.م. و اصل حاکمیت اراده است. برای گریز از این نتیجهٔ نامطلوب، واژهٔ شرعی را بای به معنی قانونی گرفت، زیرا فرض این است که قوانین ما با شرع تعارض ندارد. پس، باید انتقالی را پذیرفت که حقوق آن را نافذ بداند. در قانون ۱۳۵۶ انتقال سرقفلی باید همراه با منافع و با سند رسمی انجام پذیرد، لیکن در قانون ۱۳۷۶ قید سند رسمی، که ناظر به انتقال از سوی مستأجر است، حذف شده و از بخش اخیر ماده تنها همراهی انتقال منافع با سرقفلی استنباط می‌شود. در نتیجه، از این پس، انتقال منافع و سرقفلی با رعایت شرایط مادهٔ یک برای اجاره دادن ملک، با سند عادی و گواهی دو معتمد نیز ممکن است.

انتقال «حق تقدم در اجاره» از سوی مالک و استقرار آن در ملک مستأجر، به هر عنوان که باشد، همین نتیجه را می‌دهد و ضرورتی ندارد که با واژهٔ «سرقفلی» بیان شود. مواد ۷ و ۸ قانون ۱۳۷۶ دو فرض از این انتقال و امتیاز مستأجر را در امکان مطالبهٔ سرقفلی به هنگام تخلیه و انتقال آن بیان می‌کند:

ماده ۷ : «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش اجاره‌بها و تخلیهٔ عین مستأجره را نداشته باشد و

متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید، در آن صورت مستأجر می‌تواند از موجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید».

مفاد این شرط موقعیتی همانند آنچه قانون ۱۳۵۶ برای مستأجر محل کسب مقرر داشته است ایجاد می‌کند، با دو تفاوت:

۱) امتیاز قانون ۱۳۵۶ ویژهٔ محل کسب و پیشه و تجارت است، در حالی که موقعیت پیش‌بینی شده در مادهٔ ۷، بنابر ظاهر ناشی از اطلاق حکم، از آن هر مستأجری است که بتواند این شرط را به سود خود به دست آورد و هیچ ارتباطی با فعالیت تجارتی و حسن شهرت او ندارد. اگر این ظهور پذیرفته شود، سرقفلی مفهومی تازه و شگرف می‌یابد. راه گریز از این نتیجه، توسل به موقعیت مادهٔ ۶ قانون برای عام‌کردن قید «ملک تجاری» و سرایت آن به حکم مواد ۷ تا ۱۰ قانون است که به سرقفلی ارتباط دارد: بدین مضمون که، چون در نخستین مادهٔ فصل مربوط به سرقفلی (مادهٔ ۶) قید شده است که: «*هرگاه مالک ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید...*» و در مواد ۷ و ۸ آمده است: «*هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود...*»، مقصود اشاره به اجارهٔ مقیّدی است که مادهٔ ۶ از آن سخن گفته است. بدین ترتیب، اطلاق حکم این مواد که منشأ تعمیم سرقفلی به اجارهٔ محل سکونت است از بین می‌رود و قید مادهٔ ۶ آن را مخصوص «محل تجاری» می‌کند؛ تفسیری که هم از نظر منطقی قوی است و هم از شکستن اصل حقوقی متعارف و پا گرفته‌ای که سرقفلی را ویژهٔ محل کسب کرده است جلوگیری می‌کند. وانگهی، منطق حکم می‌کند که، اگر مالک به طور مستقیم نتواند در برابر سرقفلی حق تقدم در اجاره را به مستأجر بدهد، در اثر شرط ضمن اجاره نیز نمی‌تواند چنین حقی را ایجاد کند.

۲) در قانون ۱۳۵۶، امتیاز مستأجر محل کسب و پیشه به موجب حکم قانون ایجاد می‌شود و رکن مهم آن ارزش اضافی است که در نتیجهٔ عمل مستأجر در ملک ایجاد شده است؛ ولی در قانون ۱۳۷۶ سرقفلی نتیجهٔ تراضی با مالک و تعهد اوست.

مادهٔ ۸ می‌توانست در همان مادهٔ ۷ ادغام شود و تفاوتی، جز در مورد میزان اجاره بهای موضوع تعهد موجر، با آن حکم ندارد. در این ماده آمده است:

«هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستأجره را به غیرمستأجر

اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجارهٔ متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید، مستأجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیهٔ محل مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید».

در این ماده نیز اطلاق حکم آن را شامل اجاره مسکن می‌کند و همان بحث مربوط به مادهٔ ۷ را مطرح می‌سازد.

۲۶۳. آیا تملک به تبع انتقال موقت منافع تحقق می‌یابد؟

قانون ۱۳۷۶ امتیاز انتفاع مستأجر در مدت اجاره را نیز سبب حق سرقفلی برای مستأجر دانسته است؛ منتها، چون این امتیاز محدود به مدت معین اجاره است، ارزش آن کمتر از سرقفلی است که در مواد ۷ و ۸ پیش‌بینی شده است. نتیجهٔ دیر موقت بودن حق این است که انتقال سرقفلی به دیران تنها در مدت اجاره معنی دارد. با پایان رفتن مدت اجاره، هم مالکیت منفعت برای مستأجر از بین می‌رود و هم سرقفلی که به تبع آن ایجاد شده است. به همین جهت، در مادهٔ ۶ آمده است که:

«مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند».

ممکن است گفته شود که مستأجر در زمان اجاره امتیازی به دست می‌آورد که در اثناء اجاره قابل انتقال به دیگران است، هرچند که به مالک سرقفلی نپرداخته باشد. مفاد تبصرهٔ ۱ نیز این استنباط را تأیید می‌کند، زیرا فرضی را پیش‌بینی کرده است که مالک سرقفلی نگرفته و، با وجود این، مستأجر با انتقال منافع سرقفلی گرفته است. با وجود این، حکم مادهٔ ۹ قانون این سخن را که با طبیعت مفهوم سرقفلی در این قانون سازگار است، متزلزل می‌کند. در این ماده می‌خوانیم:

«چنانکه مدت اجاره به پایان برسد، یا مستأجر سرقفلی به مالک نپرداخته باشد، و یا اینکه مستأجر کلیهٔ حقوق ضمن عقد را استیفاء کرده باشد، هنگام تخلیهٔ عین مستأجره حق دریافت سرقفلی نخواهد داشت».

پس، در برابر سخن پیشین می‌توان گفت: در مادهٔ ۹ ایجاد حق سرقفلی برای مستأجر

منوط به پرداختن سرقفلی به موجر شده است و به همین جهت «نپرداختن سرقفلی به مالک» شرط مستقلی برای حکم اخیر ماده است که به عنوان نتیجه و ضمانت اجرا اعلام می‌کند: «*هنگام تخلیهٔ عین مستأجره حق دریافت سرقفلی نخواهد داشت*».

۲۶۴. آیا مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت قابل جمع است :

با مفهوم تازه‌ای که قانون ۱۳۷۶ از سرقفلی ارائه کرده است، این پرسش مطرح می‌شود که، آیا سرقفلی جانشین حق کسب و پیشه و تجارت شده و تنها احکام و آثار آن تغییر کرده است، یا می‌توان گفت، آنچه در این قانون آمده ناظر به سرقفلی است نه حق کسب و پیشه و تجارت که محصول فعالیت و حسن‌نیت و شهرت مستأجر است و قانون ۱۳۵۶ از آن حمایت می‌کند؟

پاسخ این پرسش را تبصرهٔ مادهٔ ۱۰ قانون بدین عبارت می‌دهد که: «*مطالبهٔ هرگونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع می‌باشد*». بهای حق کسب و پیشه و تجارت یکی از آن گونه‌های ممنوع است. پس، نمی‌توان ادعا کرد، مستأجری که حق سرقفلی ندارد، بابت حق کسب و پیشه و تجارت حق دارد. مادهٔ واحدهٔ ۱۳۶۵ و سایر قرائن و فتاوای مبنای قانون نشان می‌دهد که قانونگذار کنونی مایل به پذیرش حق مستأجر به عنوان حاصل کار او ندارد و می‌خواهد همه چیز را به تراضی و عقد اجاره و مالکیت موجر بازگرداند و حکمت قانون ۱۳۷۶ بر داشتن چتر حمایت قانون ۱۳۵۶ از سرِ مستأجر و بازگرداندن حکومت قانون مدنی و ضابطه‌های فقهی در رابطهٔ موجر و مستأجر است.

۲۶۵. اثر سلب حق انتقال به غیر :

انتقال سرقفلی در مدت اجاره مشروط بر این است که، حق انتقال به غیر از مستأجر سلب نشده باشد. این قید، نشان تراضی بر لزوم مباشرت مستأجر در انتفاع و از بین رفتن امکان انتقال سرقفلی است. حکم قانون نوعی رجعت به اصول پذیرفته شده در قانون مدنی و فقه نیز هست، زیرا اصل انتقال‌پذیری منافع را پذیرفته و به قانون مدنی

بازگشته است و حق انتقال به غیر را برای مستأجر می‌شناسد، مگر اینکه ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از او سلب شده باشد؛ در حالی که مادهٔ ۱۰ قانون ۱۳۵۶ اصل را وارونه ساخته بود. به مفاد مادهٔ ۱۰ آن قانون توجه کنید:

«مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید، مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد».

این حکم با تملیکی بودن عقد اجاره تناسب ندارد. زیرا، اگر پذیرفته شود که موجر منافع ملک یا صلاحیت انتفاع را به مستأجر تملیک می‌کند، مالک جدید منافع نیز همچون مالک پیشین، برای انتقال ملک خود به دیگری نیاز به تحصیل اذن دیگری (انتقال دهنده) ندارد؛ چنان که قانون مدنی نیز، در پی اعلام تملیکی بودن اجاره، مقرر می‌دارد:

«مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد، مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد».

این حکم در مقام اجرای قاعدهٔ عام‌تری است که به موجب آن: *«هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».* انتقال دادن همراه با انتفاع و استعمال از ارکان سلطهٔ مالک است و باید آن را در زمرهٔ توابع ضروری ملکیت شمرد. پس، به این اعتبار است که گفته می‌شود قانون ۱۳۷۶ رجعت به اصل کرده است.

فصل سوم

اجارهٔ اشخاص

۲۶۶. مفهوم این قرارداد و جای آن در میان عقود معین:

مقصود از اجارهٔ اشخاص «عقدی است معوض که به موجب آن شخصی در برابر اجرت معین ملتزم می‌شود کاری را انجام دهد». در حقوق رم، این قرارداد را نوعی اجارهٔ شخص یا خدمات می‌دانستند و تاکنون این تحلیل بارها مورد نکوهش یا تأیید قرارگرفته است. در زمانی که شمار عقود معین را قانون معین می‌ساخت و حاکمیت اراده دربارهٔ نوع و چگونگی قراردادها پذیرفته نشده بود، ناچار بایستی قراردادکار در زمرهٔ این عقود جای متمایزی داشته باشد تا ایجاد الزام کند. رواج برده‌برداری و خرید و فروش انسان تحلیل قرارداد کار را آسان می‌ساخت. اگر انسان را بتوان در شمار اموال آورد، بهره‌برداری از نیروی کار او با انتفاع از سایر اموال شباهت کامل پیدا می‌کند و طبیعی است قراردادی که این انتفاع را فراهم می‌سازد با «عقد اجاره» نزدیک‌تر از انواع دیگر «عقود معین» می‌شود.

ولی، پس از پذیرفته شدن اصل «آزادی قراردادی» و ممنوع شدن برده‌برداری این بحث به میان آمده است که آیا به واقع می‌توان قراردادی راکه موضوع آن کار انسان است درکنار «اجارهٔ اشیا» قرار داد؟ آیا نیروی کار را باید با منفعتی که از اموال به دست می‌آید مانند کرد یا دخالت شخص انسان، به عنوان موضوع قرارداد، مانع از این تحلیل است؟

گروهی از نویسندگان رابطهٔ بین اجارهٔ اشیا و قراردادکار را به شدت انکارکرده‌اند: کار انسان از

شخصیت او جدا شدنی نیست، هم‌چنان که منفعت مال نیز جز با داشتن سلطهٔ کامل بر آن به دست نمی‌آید. پس، اگر انسان و شیء را نتوان تابع احکام یکسان قرار داد، چه گونه می‌توان قراردادی را که دربارهٔ نیروی کار او بسته شده است با اجاره مانند کرد و گفت، انسانی که اجیر دیگری شود، بسان مالکی است که انتفاع از مال خود را در برابر عوض معین به دیگری وا می‌گذارد؟[1]

گروه دیگر، با الهام گرفتن از تحلیلی که مارکس دربارهٔ رابطهٔ سرمایه و مزد کار انسان کرده است، می‌گویند، ارزش اضافی کالایی که به بازار عرضه می‌شود در واقع کار فشردهٔ کارگرانی است که نیروی کار را در برابر پول معین (دستمزد) به کارفرما واگذار می‌کنند. این نیرو دارای ارزش مالی است و چون به تدریج به دست می‌آید مانند منفعت سایر اشیاء است.

نویسندگان قانون مدنی نیز، که از این دو منبع فقه و حقوق فرانسه الهام گرفته‌اند[2]، در مادهٔ ۴۶۷ پذیرفته‌اند که انسان نیز می‌تواند، مانند حیوان و اشیاء مورد اجاره قرار گیرد. مادهٔ ۱۲ نیز در تأیید همین اصل می‌گوید: «در اجارهٔ اشخاص، کسی که اجاره می‌کند مستأجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود اجیر و مال‌الاجاره اجرت نامیده می‌شود». مادهٔ ۱۳ نیز، به تقلید از مادهٔ ۱۷۷۹ قانون مدنی فرانسه، اقسام عمدهٔ اجارهٔ اشخاص را چنین معین کرده است: «۱. اجارهٔ خدمه و کارگران از هر قبیل؛ ۲. اجارهٔ متصدیان حمل و نقل اشخاص یا مال‌التجاره، اعم از خشکی یا آب یا هوا».

ابداعی که در تنظیم این ماده شده و شاید در آن روز نیز بجا می‌نموده است، از بین بردن امتیاز بین اجارهٔ خدمه و کارگر از اجارهٔ کسانی است که به عنوان پیشه‌ور یا مقاطعه‌کار انجام دادن کاری را به عهده می‌گیرند. ولی، خواهیم دید که این تمیز اکنون مبنای تقسیم اجاره‌هایی است که مشمول قوانین کار شده‌اند از اجاره‌هایی که هم‌چنان تابع قوانین مدنی باقی مانده‌اند. به طور مسلم، اگر امروز مادهٔ ۵۱۴ تنظیم می‌شد، این تمیز فراموش نمی‌گردید و قانونگذار همهٔ اقسام اجارهٔ خدمه و کارگران را در یک طبقه نمی‌آورد.

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی فرانسه، چاپ دوم ۱۹۵۳، ج ۲، ش ۱۱۲۹.

۲. برای دیدن مفهوم اجیر و اقسام آن (خاص و مشترک یا عام)، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۳۹۸، ص ۵۵۹ به بعد.

۲۶۷. قواعد حاکم بر اجارهٔ اشخاص :

با جدا شدن حقوق کار از حقوق مدنی، بخش مهمی از اجارهٔ اشخاص از قلمرو این شعبه حقوق خارج شد و دولت به وسیلهٔ قوانین کار و بیمه‌های اجتماعی رابطهٔ کارگر و کارفرما را در اختیار گرفت. لیکن، باید توجه داشت که حقوق کار همهٔ روابطی را که بر مبنای اجارهٔ اعمال به وجود می آید در بر نمی‌گیرد. شما وقتی برای دوختن لباس خود به خیاط رجوع می‌کنید یا سیم‌کشی خانهٔ خود را به مقاطعه می‌دهید یا برای مداوای کسان خود با پزشک و جراح قرارداد می‌بندید یا برای تعقیب دعوایی به دیگری وکالت می‌دهید، به زبان قانون مدنی دیگران را اجیر می‌کنید، ولی اجیرها کارگر شما به حساب نمی آیند و قانون کار بر پیمانی که بسته شده است حکومت نمی‌کند. پس، برای تشخیص قواعدی که بر اجارهٔ اشخاص حکومت دارد، باید دید چه گونه بایستی قرارداد کار را از سایر اقسام اجارهٔ اعمال، که می‌توان آنها را به طور کلی «پیمانکاری» یا «مقاطعه‌کاری» نامید، بازشناخت و معیار تمیز کارگر از کسی که به عنوان پیشه‌ور یا صنعتگر یا پیمانکار یا متخصص کاری را به عهده می‌گیرد چیست؟

قانون مدنی در اجارهٔ اشخاص بین قرارداد کار و پیمانکاری تفاوتی نگذارده و در بند ۱ از مادهٔ ۵۱۳ اجارهٔ خدمه و کارگران را، از هر قبیل که باشد، در یک گروه آورده است. مادهٔ ۳۰ قانون کار نیز در تعریفی که از قرارداد کار می‌کند اوصاف ویژهٔ آن را به درستی معین نمی‌سازد. تنها نکته‌ای که به طور صریح می‌توان در این قانون یافت این است که، اشخاصی که مشمول قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین و مقررات استخدامی هستند و کارگران کشاورزی و خدمه و مستخدمین منازل و اعضای کارگاه‌های خانوادگی مشمول مقررات قانون کار نیستند (تبصرهٔ مادهٔ ۱ و مواد ۷ و ۸ قانون کار).

نویسندگان حقوقی نیز معیارهای گوناگونی برای تمیز این دو قرارداد به دست داده‌اند و به اتفاق نرسیده‌اند[1].

ولی، به عنوان نتیجهٔ همهٔ بحث‌ها می‌توان گفت، در تمام مواردی که اجیر در اجرای

۱. برای دیدن نقد این نظریه‌ها، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۴۰۰، ص ۵۶۱ ـ ۵۶۴.

کاری که به عهده دارد از دستور مستأجر اطاعت می‌کند یا از نظر اقتصادی تابع است و سود و زیان کارش به او می‌رسد، بر روابط آنان قانون کار حکومت می‌کند و در مواردی که اجیر برای خود کار می‌کند و چگونگی اجرای تعهد نیز با خود او است و از این لحاظ زیر فرمان و نظارت مستأجر نیست، قانون مدنی حاکم است و می‌توان قرارداد را پیمانکاری یا مقاطعه‌کاری نامید.

بنابراین، در تمام قراردادهایی که پیشه‌وران و صنعتگران و متخصصان و هنرمندان کاری را برابر مزد معین و به مسؤولیت و رهبری خود در برابر اشخاص به عهده می‌گیرند، رابطهٔ حقوقی صاحبکار و اجیر را باید بر طبق قواعد مربوط به اجارهٔ اشخاص تعبیر و تفسیر کرد. منتها، باید افزود که درجهٔ استقلال اجیر در انجام دادن کار در قراردادهای گوناگون متفاوت است: چنان که در قراردادی که پزشک یا وکیل دادگستری با بیمار و مدعی امضاء می‌کند، اختیار او به مراتب بیش از مقاطعه‌کاری است که ساختن منزلی را به عهده گرفته و باید تعلیمات مهندسان طراح و ناظر و صاحبکار را در بسیاری موارد رعایت کند. به همین دلیل است که پاره‌ای از استادان یادآور شده‌اند که تفاوت پیمانکار و کارگر در درجهٔ استقلال آنها است و نباید پیمانکار را به طور مطلق مستقل شمرد یا کارگر را تابع و فرمانبر کارفرما پنداشت[۱].

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ص ۵۴۰.

مبحث اول : انعقاد قرارداد

۲۶۸. اهلیت اجیر :

در اجارهٔ اشخاص نیز طرفین عقد باید بالغ و عاقل و رشید باشند، و تنها تردیدی که به میان آمده دربارهٔ نفوذ حقوقی اجیر شدن سفیه و ورشکسته است.

سفیه کسی است که در تصرفات مالی خود به شیوهٔ خردمندان رفتار نمی‌کند و عقل معاش ندارد، ولی ورشکسته از لحاظ نیروی دماغی سالم است و به دلیل حمایت قانون از طلبکارها از تصرف در اموال خود محروم می‌شود. جمعی، به دلیل این که کار انسان در زمرهٔ اموال او نیست، اجیر شدن سفیه و ورشکسته را درست می‌دانند و گروه دیگر، از این لحاظ که نیروی کار وسیلهٔ تحصیل مال است، به آنان اجازه نمی‌دهند که در این باره به طور مستقل تصمیم بگیرند.

به نظر می‌رسد که باید حکم ورشکسته را از سفیه جدا کرد: اجیر شدن سفیه درست نیست و او حق ندارد بدون اجازهٔ سرپرست خویش طرف قرارداد اجاره واقع شود. زیرا کار انسان وسیلهٔ تحصیل مال و دارای ارزش مالی است و چه تفاوت می‌کند که کسی مال ده هزار ریالی را به نصف قیمت بفروشد یا کاری را که ۱۰ هزار ریال دستمزد دارد، به دلیل سفاهت، در برابر پنج هزار ریال انجام دهد؟ اگر حمایت از سفیه ایجاب کند که در سایر قراردادهای مالی ارادهٔ او نافذ نباشد، در اجاره نیز همین مصلحت وجود دارد و نباید به‌کسی که ارزش پول را به درستی نمی‌فهمد اجازه داد که نیروی کار خود را به هدر بدهد و در برابر آن عوض شایسته نگیرد. فرض این است که سفیه ارزش مال را

نمی‌فهمد و منظور قانونگذار این است که از او در برابر هر اقدام مالی حمایت شود.

اما، در مورد ورشکسته، مبنای حجر حمایت از حقوق طلبکاران در دارایی بدهکار است، و این حمایت حقی بر شخص بدهکار ایجاد نمی‌کند: لزوم احترام به جسم و روح انسان و توجه به این نکته که دین به رابطهٔ بین دو دارایی نزدیک‌تر است تا به ارتباط بین شخصیت داین و مدیون (این دارایی انسان است که جواب دیون او را باید بدهد نه جسم و روح او) مانع از اینست که طلبکارها بتوانند بدهکار را به بیگاری بکشند و از کار او برای رسیدن به طلب خود بهره‌برداری کنند.

تنها تردیدی که ممکن است به وجود می‌آید ناشی از ظاهر مادهٔ ۲۱ قانون تصفیهٔ امور ورشکستگی است که می‌گوید: «متوقف مکلف است در مدت تصفیه خود را در اختیار ادارهٔ تصفیه بگذارد...». در میان پاره‌ای از دادرسان این توهم پیدا شده که شخص ورشکسته نه تنها اموال که تن خود را نیز باید در اختیار طلبکارها بگذارد. بدین ترتیب، اگر تن ورشکسته نیز وسیلهٔ وصول طلب باشد، ورشکسته نمی‌تواند خود را اجیر دیگری سازد و بدین وسیله به حقوق طلبکاران تجاوز کند.

ولی، پذیرفتن این تفسیر دشوار به نظر می‌رسد، زیرا دارایی مدیون وثیقهٔ طلب طلبکارهاست نه خود او و قید مادهٔ ۲۱ نیز برای این است که، اگر مدیر تصفیه برای ادارهٔ اموال و تمیز مطالبات و بدهی‌ها نیاز به توضیح و راهنمایی داشته باشد، ورشکسته موظف به حضور نزد او و دادن توضیح شود. پس، برخلاف آنچه در مورد سفیه گفته شد، اجیر شدن ورشکسته درست است و طلبکارها نیز نمی‌توانند از این بابت به او اعتراض کنند.

۲۶۹. لزوم تعیین منفعت :

اجارهٔ اشخاص از لحاظ شرایط انعقاد و درستی عقد تابع قواعد معمولی اجاره است: قراردادی است معوض که در آن منافع اجیر و عوض باید معلوم و معین باشد. تعیین منافع به دو صورت امکان دارد: ۱) تعیین مدتی که اجیر باید کار کند ۲) تعیین کاری که اجیر باید انجام دهد:

۱. در فرض نخست، یعنی جایی که معیار تعیین منفعت زمان کار است، مدت اجاره

باید معین باشد و گرنه عقد به علت مجهول بودن موضوع آن باطل است. اجیر شدن دایم نوعی سلب آزادی است و هیچ‌کس نمی‌تواند خود را برای همهٔ عمر در فرمان و اختیار دیگری بگذارد. مادهٔ ۵۱۴ قانون مدنی، در مقام منع این گونه اجاره‌ها و اشاره به لزوم معین بودن کار موضوع عقد، مقرر می‌دارد: «**خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر معینی**» و مادهٔ ۵۱۵، در تأیید همین حکم و برای این که اجاره‌های بی‌انتها را نیز به صورت مشروعی نافذ شمارد، حکم مادهٔ ۵۰۱ را دربارهٔ اجاره اشخاص نیز تکرار می‌کند و می‌گوید: «**اگر کسی بدون تعیین انتهاء مدت اجیر شود، مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است. بنابراین، اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضاء مدت مزبور اجاره برطرف می‌شود، ولی اگر پس از انقضاء مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و موجر او را نگاهدارد، اجیر نظر به مراضات حاصله به همان طوری که در زمان اجاره بین او و موجر مقرر بوده مستحق اجرت خواهد شد.**»

۲. در فرض دوم نیز، کاری که به عهدهٔ اجیر گذارده شده باید معین باشد. ولی، چون زمان انجام دادن کار در بیشتر موارد اهمیت دارد، ممکن است در اجاره شرط کنند که، اگر کار موضوع قرارداد در زمان معین انجام شود، مقدار معینی از عوض کم شود: برای مثال، اگر موضوع قرارداد حمل کالایی از تهران به خرمشهر باشد، دو طرف می‌توانند اجرت را یک میلیون ریال معین سازند و در اجاره شرط کنند که هرگاه کالا ظرف یک هفته به خرمشهر نرسد کرایهٔ آن نصف باشد. مادهٔ ۵۰۹ قانون مدنی در اجارهٔ حیوان می‌گوید: «در اجارهٔ حیوان ممکن است شرط شود که اگر موجر در وقت معین محمول را به مقصد نرساند مقدار معینی از مال‌الاجاره کم شود» و مادهٔ ۵۱۷ مفاد این حکم را در مورد متصدیان حمل و نقل نیز قابل اجرا می‌داند و از ملاک آن می‌توان در همهٔ اقسام مقاطعه‌کاری استفاده کرد.

ممکن است پرسیده شود که آیا از مواد ۵۰۹ و ۵۱۷ قانون مدنی می‌توان چنین استفاده کرد که طرفین در تقلیل میزان اجرت آزادی کامل دارند و می‌توانند آن را حذف کنند؟ برای مثال، آیا می‌توان دراجارهٔ حمل و نقل شرط کرد که هرگاه کالا پس از مدت معین به مقصد برسد اجیر مستحق هیچ اجرتی نباشد؟

اشکال در این است که، اگر این قرارداد به دو اجارهٔ مستقل تحلیل شود که در اجارهٔ دوم شرط مجانی بودن شده است، چون وجود عوض جزو مقتضای ذات اجاره است، شرطی که برخلاف آن شود باطل و مبطل عقد است (مادهٔ ۲۳۳ ق.م.) و در نتیجه اجیر می‌تواند اجرت‌المثل کاری را که به دستور مستأجر انجام داده است از او بگیرد.

ولی، این تحلیل برخلاف ظاهر توافق دو طرف است. آنان بیش از یک پیمان نبسته‌اند و هدف اصلی این بوده است که کار موضوع قرارداد ظرف مدت معین انجام شود. منتها، چون گذشتن مدت به کلی تعهد را از بین نمی‌برد، شرط کرده‌اند که اجیر باید به تعهد خود وفاکند ولی خسارات ناشی از تأخیر در انجام تعهد را نیز جبران سازد. این خسارت در فرض ما معادل با اجرت معین شده است که در صورت تخلف با آن تهاتر می‌شود و در نتیجه اجیر نمی‌تواند در برابر کاری که خارج از موعد مقرر انجام داده است دستمزدی بگیرد (مادهٔ ۲۳۰ ق.م.).

۲۷۰. لزوم تعیین اجرت :

در عقد اجاره اجرت نیز باید معین باشد. با وجود این، گاه اجرت در عرف معین نمی‌شود و اجیر آن را به تناسب اهمیت کار و مدتی که صرف آن می‌کند، در پایان کار معین می‌سازد. در چنین مواردی، پاسخ مرسوم این است که، اگر دربارهٔ تعیین اجرت تراضی نشود، ناچار باید اجرت‌المثل را جایگزین آن کرد. زیرا، تعیین اجرت از شرایط درستی عقد است و رابطه‌ای که در آن اجرت تعیین نمی‌شود تابع احکام مربوط به استیفاء است نه اجاره.

ولی، در تعدیل پاسخ مرسوم، می‌توان گفت در فرضی که اجرت با ضابطه‌ای که در عقد معین شده قابل محاسبه است، باید آن را در حکم معین شمرد: مانند اجرت کاری که به تناسب مدت آن معین می‌شود و دو طرف دربارهٔ میزان اجرت هر ساعت یا هر روز توافق می‌کنند یا اجرتی که به تناسب میزان مسافت معین می‌شود (دستمزد راننده با تاکسی‌متر). ملاک مواد ۵۰۲ و ۵۱۵ ق.م. نیز این استنباط را تأیید می‌کند.

اجرت ممکن است به گونه‌ای مقطوع و پیش از انجام دادن کار معین شود و صاحب‌کار را از هزینهٔ نهایی مطمئن سازد.

مبحث دوم: آثار قرارداد

گفتار نخست: تعهدهای اجیر

۲۷۱. اجرای کار مورد تعهد:

اجیر باید کاری را که به عهده گرفته است انجام دهد. برای تشخیص این که تعهد چگونه باید انجام شود، باید طبیعت آن مورد توجه قرار گیرد. در مواردی که این تعهد ناظر به نتیجهٔ حاصل از کار است، کافی نیست که اجیر ثابت کند تلاش لازم را برای به دست آوردن نتیجه کرده است؛ باید آن نتیجه را به دست آورد تا مستحق گرفتن اجرت باشد. برای مثال، اگر ساختن بنایی به مقاطعه داده شود، تعهد مقاطعه‌کار زمانی انجام شده است که بنا ساخته شود و معمار آن را آمادهٔ تسلیم به صاحبکار کند. برعکس، جایی که مفاد تعهد در انجام پاره‌ای مواظبت‌ها و کوشش‌ها خلاصه می‌شود، به دست آوردن نتیجهٔ غایی کار ضرورت ندارد؛ چنان که، اگر پزشکی برای درمان بیماری اجیر شود، بهبود بیمار شرط اجرای تعهد نیست؛ باید ثابت شود که پزشک تمام کارهایی را که در عرف پزشکی لازمهٔ درمان بوده است انجام داده و کوتاهی نکرده است.

موضوع تعهد باید بر طبق شرایط قرارداد و رسوم قواعد شغلی و اوصاف کارهایی که آن گروه از مقاطعه‌کاران به طور معمول انجام می‌دهند انجام شود. پس، اگر کاری که انجام یافته وصفی پست‌تر از معمول داشته باشد و مقاطعه‌کار چنان که باید به وظایف خود عمل نکند، تعهد اجرا نشده است: یعنی کار ناقص یا معیب در حکم اجرا نکردن

تعهد است.

در این گونه موارد، مستأجری که با کار ناقص اجیر روبرو می‌شود ناچار نیست که تقصیر او را در عدم اجرای تعهد ثابت کند. همین که ثابت شود کالای موضوع قرارداد ناقص ساخته شده و نتیجهٔ کار چنان که باید نیست، تعهد انجام نشده است و اجیر مستحق دستمزد نیست و در صورتی می‌تواند از مسؤولیت ناشی از عدم انجام تعهد معاف شود که ثابت کند حادثهٔ خارجی مانع وفای به عهد شده است.

در صورتی که اجیر خاص باشد یا مباشرت اجیر عام در انجام دادن کار شرط باشد، باید کار به وسیلهٔ خود او انجام شود و، در صورت خودداری از آن، دادگاه می‌تواند از راه تعیین مبلغی جریمه برای هر روز تأخیر او را اجبار کند. هرگاه اجبار اجیر از این راه نیز ممکن نشود، مستأجر حق فسخ قرارداد و مطالبهٔ خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را پیدا می‌کند. در مواردی که انجام دادن کار به وسیلهٔ دیگران ممکن است، مستأجر می‌تواند از دادگاه بخواهد که با فروش اموال اجیر وسایل اجرای تعهد را فراهم سازد.

۲۷۲. تسلیم موضوع کار:

اجیر باید کالایی را که به سفارش مستأجر ساخته یا تعمیر و اصلاح کرده است در مهلت مقرر به او رد کند. این تعهد ناظر به نتیجه است و اجیر باید علت خارجی را که مانع کار او شده است ثابت کند تا از مسؤولیت مبری شود[۱].

دربارهٔ امکان مطالبهٔ کالایی که تهیه شده است، باید بین حالتی که مصالح آن را اجیر خود فراهم آورده است با موردی که مواد کار را مستأجر به او داده تفاوت گذارد. در مورد دوم، همین که مقاطعه‌کار به تعهد عمل کند، کالایی که ساخته یا تعمیر شده به مستأجر تعلق می‌یابد و او می‌تواند تسلیم عین مال خود را از اجیر بخواهد. ولی در فرضی که ملزومات را اجیر تهیه می‌بیند، این پرسش به میان می‌آید که مالکیت در چه زمان به مستأجر انتقال می‌یابد تا او بتواند کالای متعلق به خود را از دادگاه بخواهد؟[۲]

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۳۴۹.
۲. پلنیول و ریپر و رواست، ج ۱، ش ۹۲۵.

پاره‌ای از نویسندگان تاریخ تسلیم را زمان انتقال ملکیت پنداشته‌اند. بر طبق این نظر، هیچ‌گاه نمی‌توان اجیر را به تسلیم کالای معینی اجبار کرد. ولی، همچنان که گروه دیگر تأیید کرده‌اند، باید گفت همین که کالا آمادهٔ تحویل به مستأجر شود و از طرف اجیر به او اختصاص یابد، می‌توان تسلیم مال و اجبار او را از دادگاه خواست. برای مثال، اگر کارخانهٔ سازندهٔ اتومبیلی چند ماشین سفارشی را بر طبق دستور مشتری خود بسازد، پس از ساخته شدن اتومبیل‌های سفارشی آنها به مشتری تعلق دارد[1].

۲۷۳. حفظ کالا تا زمان تحویل به مستأجر :

اجیر نیز مانند هر امین دیگر وظیفه دارد که از کالای متعلق به مستأجر نگاهداری کند و در این راه مرتکب تعدی و تفریط نشود. ولی تعهد او در این باره ناظر به نتیجهٔ حفظ کالا نیست؛ ملزم است در این راه چنان که عرف و قرارداد ایجاب می‌کند رفتار و از کالای مورد امانت مواظبت کند. اجیر به اذن مالک کالا را در تصرف دارد، بنابراین تنها در صورتی ضامن تلف آن است که در حفظ مال تقصیر کرده باشد. اثبات این تقصیر اصولاً با مستأجر است و از امین دربارهٔ رعایت احکام امانت دلیل خواسته نمی‌شود. با وجود این، در پاره‌ای موارد که در عرف تجارتی تعهد امین در حفاظت از مال تعهد به نتیجه دانسته می‌شود، مانند تعهد متصدیان حمل و نقل در قانون تجارت، اجیر باید دربارهٔ انجام مواظبت‌های لازم و دخالت حادثهٔ خارجی دلیل بدهد.

بر مبنای قراردادی که حاکم بر روابط دو طرف است، اجیر دو تعهد متمایز در برابر مستأجر دارد :

۱. تعهد به انجام دادن کاری که به عهده گرفته، که موضوع اصلی معامله است و به طور معمول باید نتیجهٔ مورد توافق را به دست آورد.

۲. تعهد به نگاهداری مالی که به منظور تعمیر یا اصلاح و تغییر به او سپرده شده است.

در مورد تعهد نخست، هرگاه اجیر نتواند نتیجهٔ مورد نظر را به دست آورد و کالایی

۱. در این باره، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۱۸۸ و ۱۸۹.

راکه به او سپرده شده به نحو شایسته بسازد یا اصلاح و تعمیر کند، مقصر است و باید زیان‌های ناشی از تقصیر خود را جبران کند، مگر این که ثابت کند علت خارجی و احتراز ناپذیر مانع از انجام تعهد شده است (مادهٔ ۲۲۹ ق.م.). بنابراین، هرگاه گوهرتراشی هنگام تراشیدن قطعهٔ برلیان آن را بشکند یا خیاطی پارچه را بسوزاند یا پاره کند، مسؤول جبران خسارتی است که وارد شده. مالک برلیان یا پارچه الزامی به اثبات تقصیر اجیر ندارد و بر عکس او باید دخالت حادثهٔ خارجی را در ورود زیان اثبات کند.

ولی، در مورد تعهد دوم، یعنی التزام تبعی بر نگاهداری کالا، اجیر امین است و جز در صورت اثبات تعدی و تفریط نمی‌توان او را مسؤول دانست، پس، هرگاه در مثال‌های بالا پارچه یا برلیان در اثر آتش‌سوزی کارگاه خیاطی یا گوهرتراشی از بین برود، اجیر ضامن نیست، مگر این که مستأجر تعدی و تفریط او را در این حادثه اثبات کند[1].

لیکن، گاه اختلاف می‌شود که آیا تلف مال در نتیجهٔ اجرا نکردن تعهد انجام کار بوده و در جریان آن رخ داده است، یا به دلایلی خارج از انجام کار یا الزام آن بوده است؟ برای مثال، لباسی را برای شستشو به لباس‌شویی داده‌اید. لباس سوخته و از بین رفته است. اگر حادثه در جریان عمل شستن رخ داده باشد، شما نیازی به اثبات تقصیر اجیر ندارید. ولی هرگاه تلف ارتباطی به عمل شستشو نداشته باشد، باید ثابت شود که اجیر در حفاظت از مال تقصیر کرده است. در این اختلاف اصل چیست و گفتهٔ چه کسی را باید مقدم داشت؟

پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند، در چنین مواردی فرض این است که کالا در جریان کار موضوع توافق تلف شده است و گاهی که دادرس نمی‌تواند از قراین و دلایل ویژهٔ دعوا ارتباط تلف را با چگونگی اجرای تعهد احراز کند، حق دارد، به استناد این فرض، مالک را از آوردن دلیل دربارهٔ تقصیر اجیر معاف دارد[2]. این فرض در جایی که حادثه هنگام اجرای تعهد رخ می‌دهد با اصل (عدم وجود علت خارجی) موافق است، چنان که اگر ماشینی که به وسیلهٔ کارگر گاراژ برای تعمیر برده می‌شود هنگام حرکت آتش بگیرد، دخالت علت خارجی در این حادثه دلیل می‌خواهد.

۱. این تفکیک را فقها نیز پذیرفته‌اند، چنان که محقق در شرایع می‌نویسد: «اذا افسد الصانع ضمن... اما لوتلف فی یدالصانع لابسببه، من غیر تفریط و لاتعد، لم یضمن...» (کتاب اجاره، حاشیهٔ مسالک، ج ۱، ص ۳۳۰).

۲. مازو، همان کتاب، ش ۱۳۱، قرائت درس ۶۹، ص ۵۶۰ و ۵۶۱.

ولی، در حالتی که زمان تلف نیز معلوم نیست، وجود این فرض را به هیچ اصلی نمی‌توان متکی ساخت و دادرس ناچار است که، با توجه به دلایل ویژهٔ دعوا، در این باره تصمیم بگیرد.

گفتار دوم: تعهدهای صاحبکار (مستأجر)

۲۷۴. قبض کالا و پذیرش کار:

اجاره عقدی است لازم. همانگونه که اجیر ملزم است کار موضوع عقد را انجام دهد و کالایی راکه به سفارش صاحبکار ساخته به او تسلیم کند، مستأجر نیز باید کالایی راکه سفارش داده بپذیرد و کاری راکه برای او انجام شده است قبول کند. در مواردی که مصالح تهیهٔ کالا را اجیر فراهم می‌کند، با قبول کالای ساخته شده ملکیت آن به مستأجر منتقل می‌شود و حق عینی بر آن پیدا می‌کند[1]. در حالتی که مصالح را صاحبکار داده است، با تسلیم کالای ساخته شده اجیر مستحق دستمزد می‌شود.

پس، قبول کار و قبض موضوع آن منشأ آثار مهمی است و امتناع مستأجر از آن به منزلهٔ تجاوز به مفاد قرارداد است. به همین جهت، اجیری که به عهد خود وفا کرده است، می‌تواند اجبار مستأجر را به قبول کالا از دادگاه بخواهد و با سپردن آن به صندوق ادارهٔ ثبت یا دادگستری از تعهدی که دارد بری می‌شود.

۲۷۵. پرداختن اجرت:

در اجارهٔ اشیاء تسلیم عرفی منفعت با تسلیم مورد اجاره تحقق می‌پذیرد و به همین جهت مستأجر باید پس از قبض عین مستأجره تمام اجاره را بپردازد (مادهٔ ۴۹۰ ق.م). ولی، در اجارهٔ اشخاص، پیش از پایان کار به هیچ تعبیری نمی‌توان ادعا کرد که منفعت موضوع عقد به مستأجر تسلیم شده است. بنابراین، اجیر پیش از پایان کار حق ندارد از مستأجر مطالبهٔ اجرت کند، مگر این که در این باب قراری گذارده باشند[2]، چنان که در

۱. مقصود این نیست که قبول شرط انتقال ملکیت است؛ قبول نشانهٔ انجام دادن کار بر طبق قرارداد است و جنبهٔ طریقیت دارد.

۲. جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۵۳۳ ـ مسالک‌الافهام، ج ۱، کتاب اجاره.

بیشتر مقاطعه‌کاری‌ها مرسوم است که اجرت در چند قسط و به تناسب پیشرفت کار پرداخته می‌شود.

ولی، هنوز این پرسش باقی می‌ماند که آیا با تمام شدن کار موضوع قرارداد تسلیم منفعت تحقق یافته و بنابراین اجیر استحقاق گرفتن اجرت را پیدا کرده است، یا تسلیم منفعت تنها با تسلیم کالای ساخته شده انجام می‌پذیرد؟

پاسخ دادن به این پرسش از دو جهت در تعیین حدود تعهد مستأجر اهمیت دارد:

۱. در صورتی که کالای ساخته شده پیش از تسلیم به مستأجر تلف شود، هرگاه با تمام شدن عمل منفعت تسلیم شده به حساب آید، اجیر می‌تواند اجرت را بگیرد. برعکس، اگر پذیرفته شود که منفعت هنوز تسلیم نشده است، اجیر نمی‌تواند مزد بگیرد زیرا وضع او مانند فروشنده‌ای است که کالایی را فروخته ولی پیش از تسلیم به خریدار کالا تلف شده است (مواد ۳۸۷ و ۴۸۳ ق.م.)[1].

۲. اگر تسلیم منفعت با انجام دادن کار تحقق پذیرد، دیگر نه اجیر می‌تواند از حق حبس استفاده کند و از تسلیم کالایی که نزد او است امتناع ورزد و نه مستأجر حق دارد از پرداخت اجرت به این بهانه خودداری کند، ولی اگر پیش از تسلیم کالا منفعت همچنان در تصرف اجیر باشد، استفاده از حق حبس برای طرفین باقی است.

باید دانست که در این باره اتفاق نظر وجود ندارد: جمعی با انجام دادن کار منفعت را تسلیم شده پنداشته‌اند، گروهی تسلیم منفعت را موکول به تسلیم کالا کرده‌اند و بعضی بین موردی که کار بر روی جنس متعلق به مستأجر به کار می‌رود با موردی که اجیر مصالح را فراهم می‌آورد تفاوت گذارده‌اند: بدین ترتیب که، در حالت نخست، چون کار بر روی مال مستأجر انجام می‌شود، تسلیم شده محسوب است، و در حالت دوم، تسلیم منفعت با تسلیم کالای ساخته شده انجام می‌شود[2].

به نظر می‌رسد که پیروی از خواست مشترک طرفین مستلزم این است که تسلیم

۱. این حکم در صورتی است که کالا در اثر حوادث خارجی تلف شود، و گرنه در صورت تعدی و تفریط اجیر عقد منفسخ نمی‌شود و مستأجر می‌تواند مثل یا قیمت کالای ساخته شده را از اجیر بخواهد و در برابر باید دستمزد او را بدهد.

۲. رک. عقود معین، ج ۱، قرائت و تمرین (۱۳)، ص ۵۸۸ به بعد.

منفعت با تسلیم کالا انجام پذیرد، زیرا هدف نهایی این است که مستأجر از وصفی که در نتیجهٔ کار اجیر به وجود می‌آید سود ببرد و آن را در اختیار بگیرد و ایجاد این وصف، حتی در موردی که متصل به مال مستأجر است، در نظر عرف تسلیم منفعت نیست؛ وصفی به ملکیت مستأجر درآمده است بدون این که به او تسلیم شود.

۲۷۶. اثر قوهٔ قاهره :

می‌دانیم که اجرت در برابر کاری که اجیر به عهده گرفته است پرداخته می‌شود، ولی گاه اتفاق می‌افتد که حادثه خارجی و احتراز ناپذیری مانع از انجام دادن کار می‌شود و این پرسش را به میان می‌آورد که آیا در چنین حالتی که اجیر توانایی انجام دادن کار را ندارد، تعهد مستأجر در پرداختن اجرت نیز از بین می‌رود، یا احترام به مفاد عقد و قبول این نکته که منفعت به موجب عقد تملیک می‌شود ایجاب می‌کند که از بین رفتن منفعت از کیسهٔ مستأجر (مالک) باشد و او ملتزم به پرداخت اجرت شود؟

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد و بنابراین ممکن است استدلال شود که، به موجب مادهٔ ۴۶۶، عقد اجاره، حتی در موردی که موضوع آن کار انسان است، تملیکی است و مبادلهٔ منفعت و اجاره در نتیجهٔ عقد انجام می‌شود. پس از توافق، مستأجر مالک منفعت اجیر است و اگر حادثهٔ خارجی این منفعت را از بین ببرد و مانع از تحقق خارجی آن شود باید از کیسهٔ مالک آن، یعنی مستأجر، به حساب آید.

ولی این توهم را به آسانی می‌توان دفع کرد. زیرا، نه تنها تملیکی بودن اجارهٔ اشخاص به معنی واقعی خود امکان ندارد، همبستگی بین منفعت موضوع عقد و اجرت ایجاب می‌کند که تلف منفعت تعهد مستأجر در پرداختن اجرت را از بین ببرد. در عقد بیع دیدیم که قاعدهٔ «تلف مبیع پیش از عقد» از اصول کلی معاملات است و اختصاص به بیع ندارد. پس، اگر به دلیل بیمارِ یکی از هنرمندان نمایشی قابل اجرا نباشد، کسانی که برای دیدن آن نمایش بلیط خریده‌اند می‌توانند پول خود را پس بگیرند.

یادآوری این نکته ضروری است که معاف شدن مستأجر از پرداختن اجرت ویژهٔ مقاطعه‌کاری است. در مورد قرارداد کار، چون کارگر به دستور و فرمان کارفرما انجام

وظیفه می‌کند و فراهم آوردن لوازم و محیط سالم برای کار به عهدهٔ کارفرما است، از بین رفتن کالایی که باید کار بر روی آن انجام شود و تعطیل کارگاه کارفرما را از دادن مزد معاف نمی‌کند.

عقد قرض

فصل اول

مفهوم قرض

۲۷۷. تعریف :

بر طبق مادهٔ ۶۴۸ قانون مدنی: «**قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم‌الرد را بدهد**».

قرض وسیله‌ای برای تعاون اجتماعی است، زیرا موجب می‌شود کسی که نیاز به مالی دارد آن را از دیگران بگیرد و در فرصت مناسب مثل آنچه را به وام گرفته است پس بدهد. به این داد و ستد، هم صاحب مال و هم نیازمند رغبت بیشتری از صدقه و عطیه دارند. صاحب مال می‌داند که به مثل آنچه وام داده می‌رسد و نیازمند نیز رفع حاجت می‌کند بی‌آنکه در گروه ترحم و لطف دیگری باشد و منتی بر دوش کشد. به همین دلیل است که در اسلام قرض دادن را در زمرهٔ عبادات آورده و حتی برتر از صدقه شمرده‌اند[1] و با حرام کردن ربا آن را از آلایش‌های مادی و سودجویی دور ساخته‌اند.

در نتیجهٔ همین مبنای اجتماعی، ممکن است عقد قرض چنین تحلیل شود که مالک بدین وسیله به وام گیرنده اذن می‌دهد تا مال او را به مصرف برساند، منتها بدین شرط که مثل مال مصرف شده را به او پس بدهد، چنان که بر همین مبنا در حقوق رم و فرانسه

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۲۸۵ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۳.

قرض و عاریه را شبیه هم دانسته و شرایط و احکام این دو عقد را ضمن یک مبحث آورده‌اند. در نوشته‌های فقیهان امامیه نیز گاه عباراتی دیده می‌شود که حاکی است قرض به معنی اباحهٔ معوض است و مالکیت وام دهنده تا زمان تلف مورد قرض باقی می‌ماند[۱].

با وجود این، چون در دید عرف دادن مال به دیگری، با این اختیار که او بتواند آن را به هرگونه که می‌خواهد مصرف و حتی تلف کند، به منزلهٔ تملیک است، در حقوق رم عقد قرض را باعث انتقال مالکیت موضوع قرض به وام گیرنده گفته‌اند و مادهٔ ۱۸۹۲ قانون مدنی فرانسه این اثر را برای قرض پذیرفته است[۲]. فقیهان امامیه نیز در ایجاد ملکیت برای وام گیرنده تردید نکرده‌اند، جز این که پاره‌ای از آنان تصرف در موضوع قرض را کاشف یا سبب انتقال ملکیت شمرده‌اند.

نویسندگان قانون مدنی، بر مبنای همین سوابق، مفهوم اجتماعی قرض را رها کرده و در مادهٔ ۶۴۸ آن را در زمرهٔ عقود تملیکی آورده‌اند و این خصوصیت موجب شده است که قرض از عاریه فاصله بگیرد و با بیع شباهت پیدا کند.

۲۷۸. تفاوت قرض با عاریه:

همان‌گونه که اشاره شد، تملیکی بودن قرض به کلی آن را از مفهوم عاریه دور ساخته است. در عاریه، مالکیت عاریه دهنده محفوظ می‌ماند و مستعیر مأذون می‌شود تا از مال او استفاده کند. به همین جهت، مستعیر حق ندارد مال مورد عاریه را تلف کند؛ باید آن را به عنوان امین معیر نگاه دارد و هرگاه مالک بخواهد آن را پس بدهد. پس، طبیعی است که عاریه تنها در مورد اموالی ممکن است که انتفاع از آنها با بقای عین ممکن باشد و در اثر بهره‌برداری از بین نرود (مواد ۶۳۵ و ۶۳۷ ق.م.).

ولی در قرض، مال موضوع قرارداد به مقترض تملیک می‌شود. او برای مصرف کردن و از بین بردن وام می‌گیرد، و مانند هر مالک دیگر، حق دارد آنچه را به دست آورده از بین ببرد و به دلخواه در آن تصرف کند. تعهد وام گیرنده برخلاف مستعیر، ناظر به حفظ مال و رد عین آن

۱. شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۲، ص ۲۲۰.
۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۴۳۲ و ۱۴۳۳.

نیست؛ ملتزم می‌شود که مثل آنچه را وام گرفته است به مقرض بدهد. پس، گرفتن عین مالی که به وام گیرنده انتقال یافته به منزلهٔ سلب مالکیت و تصرف در مال دیگران است، و به همین دلیل نیز خواهیم دید که عقد قرض، برخلاف عاریه، در حدود مفاد خود عقدی لازم است: یعنی، پس از تحقق عقد، وام دهنده تنها حق مطالبهٔ مثل مال را دارد و عین به ملکیت قاطع وام گیرنده در می‌آید.

۲۷۹. تفاوت قرض و بیع:

هرچند قرض نیز عقد تملیکی است و این تملیک نیز بی‌عوض انجام نمی‌شود، ولی طبیعت آن با بیع تفاوت دارد. در بیع، دو مال به عنوان مبیع و ثمن با هم مبادله می‌شود و هدف در آن سودجویی و زیاده‌طلبی است. ولی در قرض، وام گیرنده متعهد می‌شود که بدل آنچه را به دست آورده به وام دهنده پس بدهد. در واقع، یک موضوع است که در قرض دست به دست می‌شود، جز این که بار اول عین مال و بار دوم مثل یا قیمت آن موضوع تعهد است. بنابراین بجا است که از این لحاظ با پاره‌ای از نویسندگان همداستان شویم و آن را «معوض ناقص» بنامیم[1] یا دورتر رویم و قرض را «شبه معوض» بدانیم.

همین تفاوت اصلی در چگونگی رابطهٔ تعهدها باعث شده است که احکام بیع و قرض نیز یکسان نباشد: برای مثال، دو مالی که در بیع با هم مبادله می‌شود باید دارای ارزش متعادل باشد و، هرگاه این تعادل به شدت بر هم خورد، آنکه از این نابرابری زیان می‌برد، به علت غبن، حق فسخ عقد را می‌یابد. ولی، در قرض که تعهد وام گیرنده ناظر به پرداخت مثل یا قیمت موضوع قرض است، این نابرابری و در نتیجه مبنای «خیار غبن» قابل تصور نیست. همچنین، در عقد قرض میزان تعهد وام گیرنده به حکم قانون ثابت است و لزومی ندارد که در توافق دو طرف آورده شود، در حالی که ثمن مالی دیگر است و باید اوصاف و مقدار آن در خرید و فروش معین باشد و این تعیین از شرایط درستی عقد است.

با وجود این، گاه در مواردی که بیع به طور نسیه واقع می‌شود و ثمن بر عهدهٔ خریدار باقی

۱. کولن و کاپیتان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی فرانسه، ج ۲، چاپ دهم، ش ۱۲۱۱ ـ مازو، همان کتاب، ش ۱۴۳۵.

می‌ماند تا به اقساط بپردازد، اختلاف شده است که، آیا رابطهٔ حقوقی دو طرف مخلوطی است از بیع نقد و قرض ثمن به خریدار، یا بیعی است که در آن ثمن به تدریج پرداخته می‌شود؟ برای مثال، اگر مؤسسه فروشنده بانک اعتباری به وجود آورد تا به مشتریان خود برای پرداختن ثمن وام دهد، به درستی معلوم نیست که آیا فروش نقدی است و خریدار به عنوان وام گیرنده بدهکار فروشنده می‌شود یا باید از صورت‌های ظاهری گذشت، و به حکم ارادهٔ واقعی طرفین، بیع را نسیه شناخت؟

۲۸۰. اوصاف عقد قرض :

از آنچه دربارهٔ تعریف قرض و تفاوت آن با عاریه و بیع گفته شد، می‌توان اوصاف زیر را برای این عقد استنباط کرد:

۱) **قرض عقدی است تملیکی،** زیرا پس از توافق طرفین موضوع آن به ملکیت وام گیرنده در می‌آید.

۲) **قرض عقدی است رضایی،** بدین معنی که، برخلاف قانون مدنی فرانسه و فقه، قبض موضوع قرض از شرایط تملیک نیست و در فصل دوم دربارهٔ این شرط و مبانی آن توضیح خواهیم داد.

۳) **قرض عقدی است معوض،** منتها نه به صورت سایر معاوضه‌ها، بدین معنی که بر طبق مفاد توافق طرفین تلف موضوع قرض ضمان‌آور است و وام گیرنده باید مثل یا قیمت آن را به وام دهنده بدهد.

۴) **قرض عقدی است که در حدود مفاد خود لازم است،** یعنی وام دهنده نمی‌تواند عقد را فسخ و آنچه را تملیک کرده است پس بگیرد. ولی، چون تعهد وام گیرنده در پرداختن مثل یا قیمت مال تملیک شده تعهدی حال است، بسیاری از نویسندگان قرض را به این اعتبار جایز گفته‌اند و این نظر را در آثار قرض ارزیابی خواهیم کرد.

فصل دوم

انعقاد قرض

۲۸۱. قرض عقد رضایی است نه عینی :

مشهور است که پیش از تسلیم مال موضوع قرض به وام گیرنده، نه تنها تملیک واقع نمی‌شود، هیچ التزامی نیز به وجود نمی‌آید:

طبیعت پاره‌ای قراردادها ایجاب می‌کند که التزام ناشی از آنها موکول به تسلیم موضوع عقد باشد: برای مثال، در عقد قرض یا عاریه، چه‌گونه می‌توان تصور کرد که وام گیرنده یا مستعیر ملزم به دادن مالی شود که هنوز نگرفته است. ولی این استدلال از طرف بسیاری از نویسندگان مورد نکوهش قرار گرفته است، زیرا مانعی ندارد که در اثر عقد وام دهنده و معیر ملزم به دادن موضوع عقد شوند، و تعهد وام گیرنده یا مستعیر معلق بر تسلیم آن شود. اگر عقد قرض پیش از تسلیم موضوع آن التزامی به بار نیاورد، اثر اعتبارهای تجارتی از بین می‌رود و روابط بازرگانی مختل می‌شود. پس، برای رفع همین عیب، همه پذیرفته‌اند که می‌توان دربارهٔ قرض «قرارداد مقدماتی» بست. این قرارداد رضایی است و پیش از تسلیم موضوع قرض نیز ایجاد التزام می‌کند و در عرف بانکی «باز کردن اعتبار» نامیده می‌شود.

به دلیل همین اشکال‌های عملی، پاره‌ای از قوانین مدنی جدید در اروپا، مانند قانون تعهدات سویس (مادهٔ ۳۱۲) و قانون مدنی لهستان، قرض را عقد رضایی دانسته و به کلی

سنتهای حقوق رومی را فراموش کرده‌اند.

نویسندگان قانون مدنی در تعریف قرض به لزوم قبض اشاره‌ای نکرده‌اند و، چون از استقراء در مجموع قواعد مربوط به قراردادها به خوبی بر می‌آید که اصل رضایی بودن قراردادها است، این سکوت دلیل بر این است که در این باب به ابداعی مفید دست زده‌اند و، شاید به تقلید از قانون مدنی سویس، قرض را مانند عاریه و ودیعه و سایر معاملات در زمرهٔ عقود رضایی آورده‌اند[۱]. بنابراین، عقد قرض به تنهایی طرفین را ملتزم به مفاد آن می‌کند و اگر مال موضوع قرض عین معین باشد موجب تملیک آن به وام گیرنده می‌شود.

۲۸۲. اهلیت طرفین :

در اثر عقد قرض، وام دهنده مالی را به وام گیرنده تملیک می‌کند و او نیز در برابر ملتزم می‌شود که مثل آنچه راگرفته است پس بدهد. بنابراین، هر دو طرف باید اهلیت معامله و داد و ستد را داشته باشند و از این حیث مشمول قواعد عمومی معاملات هستند. با وجود این، چون وام دادن بی‌مورد اموال محجور را بیهوده در معرض خطر قرار می‌دهد و وام گرفتن نابجا او را به نیستی می‌کشاند، قانون مدنی برای قیم محدودیت‌هایی بدین شرح مقررکرده است :

۲۸۳. محدودیت‌های قیم :

۱. **«قیم نمی‌تواند برای مولی‌علیه، بدون ضرورت و احتیاج، قرض کند مگر با تصویب مدعی‌العموم»** (انتهای مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م.). از متن ماده چنین بر می‌آید که تصویب مدعی‌العموم تنها در صورتی لازم است که ضرورت و احتیاجی نباشد، ولی پیداست که مقصود قانونگذار این نبوده است که قیم در همه جا خود داور کارش باشد و نیاز و ضرورت وام گرفتن را تمیز دهد. زیرا، اگر چنین باشد، بازرسی کار او و پیش‌گیری از

۱. در فقه نیز مشهور است که عقد قرض به تنهایی سبب تملیک نیست و با قبض کامل می‌شود: ولی، صاحب جواهر تمایل به رضایی بودن قرض دارد (ج ۲۵، ص ۲۳).

ضرری که مولی‌علیه را تهدید می‌کند امکان ندارد. قانونگذار می‌خواهد اختیار قیم را برای وام گرفتن محدود سازد و به‌وسیلهٔ دادستان ضرورت وامخواهی و نیاز مولی‌علیه را احراز کند، وگرنه از ابطال قرضی که انجام شده صغیر طرفی نمی‌بندد.

با وجود این، هرگاه برای رفع نیازهای فوری مولی‌علیه وام گرفتن لازم باشد و نتوان پیش از انعقاد قرض از مقام قضایی اذن گرفت، رعایت مصلحت محجور که روح و هدف همهٔ قواعد حجر است ایجاب می‌کند که عقد درست باشد. برای مثال، اگر برای تهیهٔ غذا یا دارو و پزشک صغیر قیم نیاز به پول پیدا کند و تأخیر در وام گرفتن مصلحتی را از بین ببرد، باید چنین قرضی درست باشد. به بیان دیگر، واژه‌های «ضرورت و احتیاج» باید تفسیر محدود شود و به موردی اختصاص یابد که نتوان به موقع تصویب دادستان را به دست آورد. مفاد بخش اول مادهٔ ۱۲۴۱ به خوبی می‌رساند که این تفسیر با منظور قانونگذار نیز نزدیک‌تر است.

۲. **«قیم نمی‌تواند... معامله‌ای کند که در نتیجهٔ آن مدیون مولی‌علیه شود، مگر با لحاظ غبطهٔ مولی‌علیه و تصویب مدعی‌العموم، در صورت اخیر شرط حتمی تصویب مدعی‌العموم ملائت قیم می‌باشد...»** (مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م.). عقد قرض را نمی‌توان «معامله» به معنی دقیق آن دانست، ولی معلوم است که قانونگذار نمی‌خواسته است بارزترین حالتی را که ممکن است قیمی مدیون مولی‌علیه شود از سایر معاملات استثنا کند. هدف این بوده است که، گذشته از عقد قرض، هر معاملهٔ دیگری که باعث دین قیم می‌شود، از جمله بیع نسیه، مشمول حکم مادهٔ ۱۲۴۱ قرار گیرد.

۲۸۴. حدود اختیار ولی قهری و وصی :

دربارهٔ محدودیت‌های مقرر در مادهٔ ۱۲۴۱ برای ولی قهری و وصی، باید بین احکام مربوط به لزوم تصویب دادستان و شرایط درستی قرض تفاوت گذارد:

۱. در مورد دخالت دادستان، بی‌تردید جایی که ولی قهری یا وصی عهده‌دار امور محجور است، حکم مادهٔ ۱۲۴۱ اجرا نمی‌شود. زیرا، نه تنها دخالت دادستان در امور حسبی امری استثنایی است و نباید آن را به موارد مشابه سرایت داد (مادهٔ ۲۰ قانون امور

حسبی)، مادهٔ ۷۳ همان قانون مقرر می‌دارد: «در صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد، دادستان و دادگاه حق دخالت در ادارهٔ امور او ندارند و فقط دادرس بعد از رسیدگی لازم می‌تواند وصایت وصی را تصدیق نماید».

۲. دربارهٔ شرایط درستی قرض، ولی و وصی نیز مدیر و مأمور ادارهٔ اموال محجور هستند نه مالک آن. اینان نیز، مانند قیم، باید مصلحت و غبطهٔ مولی‌علیه را در نظر گیرند و شرایطی را که از طرف قانونگذار لازمهٔ رعایت مصلحت شناخته شده است محترم دارند. قانونگذار فرض کرده است که پدر و جد و وصیّ آنها در این راه نیازی به بازرسی مقام قضایی ندارند و خود مصالح صغیر را در نظر می‌گیرند، ولی هرگاه خلاف این فرض در دادگاه ثابت شود، معاملهٔ ولی نیز ابطال می‌شود. بنابراین، سکوت قانونگذار دلیل بر این نیست که اولیای خاص دربارهٔ اموال کودکانشان آزادی کامل دارند. ولی خاص نیز، اگر می‌خواهد مالی از صغیر قرض بگیرد، باید غبطهٔ او را رعایت کند و در صورتی بدین کار دست زند که توانایی پرداختن قرض را داشته باشد.

۲۸۵. موضوع قرض :

موضوع قرض نیز تابع قواعد عمومی سایر معاملات است و بنابراین باید معلوم و معین باشد و دو طرف بدانند که دربارهٔ چه موضوعی با هم توافق می‌کنند. منتها، چون قرض عقد معوض به معنی مرسوم خود نیست، لزومی ندارد که قیمت موضوع آن در قرارداد معین شود. همین اندازه که مال مورد قرض معلوم باشد یا اوصاف آن چنان معین شود که بتوان مصداق‌های آن را در خارج باز شناخت (در مال کلی)، عقد قرض از این حیث درست است.

با وجود این، طبیعت قرض مسائلی را در این عقد به وجود آورده است که حل آنها تنها به یاری قواعد عمومی امکان ندارد و به تحقیق تاریخی و تحلیلی ویژهٔ خود نیازمند است. این مسائل را در دو پرسش می‌توان خلاصه کرد:

۱) آیا موضوع عقد قرض باید مثلی باشد یا اموال قیمی نیز ممکن است وام داده شود؟

۲) آیا قرض ویژهٔ تملیک اموال مادی است یا منفعت و عمل و طلب را نیز می‌توان وام داد؟

۲۸۶. آیا قرض ویژهٔ اموال مثلی است؟

در فقه امامیه موضوع قرض می‌تواند مثلی یا قیمی باشد[1]، ظاهر قانون مدنی در مادهٔ ۶۴۸ آن را ویژهٔ مال مثلی قرار داده است، زیرا در بیان تعهد وام گیرنده می‌گوید: «... که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید...». ولی، باید دانست که قرض نوعی قرارداد است و ارادهٔ دو طرف بر آن حکومت می‌کند. کافی است که اینان در رابطهٔ خود مالی را مثلی انگارند و وام گیرنده تعهد به رد مثل آن کند، هرچند که مال مزبور در تعریف اموال مثلی نگنجد و در زمرهٔ اموال قیمی باشد.

در کتاب اموال دیدیم که مثلی یا قیمی بودن از اوصاف ذاتی اموال نیست و ارادهٔ طرفین قادر است مالی را که به طور معمول مثلی است در رابطهٔ خاصی قیمی قرار دهد یا برعکس مالی را که قیمی است مثلی سازد[2]. پس، اگر مالی که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع نیست به وام داده شود (مادهٔ ۹۵۰) ولی وام گیرنده تعهد کند که مثل آن را که به زحمت در بازار تهران یا شهرهای دیگر پیدا می‌شود، به وام دهنده بدهد، این توافق تابع عقد قرض است. همچنین، هرگاه طرفین از ویژگیهای حیوانی درگذرند و به اوصافی از آن توجه کنند که به آن اعتبار حیوان مثلی باشد (مانند یک رأس گوسفند قوچان به وزن ۳۰ کیلوگرم یا یک رأس اسب سفید مجار ۴ ساله) و وام گیرنده تعهد کند که مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف ذکر شده به وام دهنده رد کند، این قرارداد تابع قواعد قرض است[3].

برعکس، هرگاه کسی مال مثلی (مانند حبوبات) را به دیگری تملیک کند و او در برابر تعهد کند که قیمت آن مال را بپردازد، این قرارداد را نمی‌توان قرض نامید. در واقع، آنچه برای تمیز

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۲۸۸ و ۲۸۹ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۴ ـ شهید ثانی مسالک، ج ۲، ص ۲۱۹ و ۲۲۰.

۲. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۳۴ و ۳۵.

۳. این حکم تا جایی قابل پذیرفتن است که اوصاف ویژهٔ مال قیمی در نظر عرف چندان مهم نباشد که قرارداد تعبیر به معاوضهٔ دو مال مختلف با یکدیگر شود.

ماهیت قرض اهمیت دارد چگونگی توافق طرفین و به ویژه مفاد تعهد وام‌گیرنده است: چنان که نویسندگان قانون مدنی نیز، بی‌آنکه به لزوم مثلی یا قیمی بودن موضوع قرض اشاره کنند، تعهد وام‌گیرنده به رد مثل را از عناصر اصلی عقد قرض شمرده‌اند. با این ترتیب، هرگاه ضمن عقد قرض شرط شود که وام‌گیرنده قیمت مالی را که به او تملیک شده است بپردازد، این شرط ماهیت قرض را دگرگون می‌سازد و قرارداد تابع قواعد عمومی و مادهٔ ۱۰ قانون مدنی است.

۲۸۷. آیا قرض ویژهٔ اعیان اموال است؟

چنان که گفته شد، در حقوق مدنی ایران قرض از عقود رضایی است نه عینی. قبض مورد قرض از شرایط درستی عقد و وقوع تملیک نیست و از جهت لزوم قبض توهم نمی‌رود که قرض ویژهٔ اعیان از اموال است و در منافع و دیون راه ندارد. نویسندگان قانون مدنی نیز با آوردن واژهٔ «مال» در تعریف مادهٔ ۶۳۸ به طور ضمنی این حکم را پذیرفته و بیع و قرض را از این لحاظ از هم جدا ساخته‌اند.

با وجود این، باید اعتراف کرد که تملیک منفعت مال یا واگذاری حق انتفاع و دیون راجع به آنها با مفهوم عرفی قرض سازگار نیست و، همان‌طور که پاره‌ای از استادان احتمال داده‌اند، آثار این گونه قراردادها را باید بر طبق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی معاملات بررسی کرد[1].

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۹۷.

فصل سوم

آثار قرض

۲۸۸. قرض عقدی لازم است :

از مفهوم مادهٔ ۶۵۱ قانون مدنی چنین بر می‌آید که، اگر برای ادای قرض به وجه ملزمی اجل تعیین نشده باشد، مقرض می‌تواند هرگاه بخواهد طلب خود را از مقترض بخواهد. از سوی دیگر، همه پذیرفته‌اند که مقترض در پرداخت دین آزاد است و هر زمان که بخواهد می‌تواند آن را بپردازد و حتی اختیار دارد، به جای مثل مالی که به او تملیک شده است، عین آن را به مقرض پس بدهد. بنابراین، ممکن است ادعا شود که قرض در حقوق مدنی ما عقدی جایز است و دو طرف را پای‌بند نمی‌سازد.

ولی این ادعا را نباید پذیرفت، زیرا مقصود از لازم بودن عقد این است که دو طرف به مفاد آن پای‌بند باشند و نتوانند پیمانی را که بسته‌اند برهم زنند. مفاد عقد قرض این است که مالی به مقترض تملیک شود و او ملتزم باشد که مثل آنچه را به وام گرفته پس بدهد. این آثار را هیچ‌یک از دو طرف نمی‌تواند از بین ببرد: مورد قرض به وام گیرنده تملیک شده و مال او است و به همین جهت وام دهنده حق ندارد عین آن را از او بخواهد. مقترض نیز حق ندارد از پرداخت مثل مالی که گرفته است خودداری کند یا تملیک انجام شده را برهم زند. درست است که وام‌گیرنده می‌تواند عین مالی را که به او تملیک شده است در مقام تأديهٔ طلب به وام دهنده دهد، ولی این اختیار به معنی امکان فسخ عقد

قرض نیست، زیرا هر مدیونی در انتخاب مصداق مالی که برای ادای دین می‌پردازد آزاد است، پس می‌تواند مثل مالی راکه به او تملیک شده انتخاب کند و به طلبکار بدهد[1]. به همین دلیل است که اگر مالی که تملیک شده ناقص شود، مقترض نمی‌تواند آن را بابت طلب به مقرض بدهد، در حالی که اگر فسخ عقد در اختیار او بود ناقص شدن مال مانع از اجرای حق او نمی‌شد.

امکان رجوع وام دهنده برای مطالبهٔ مثل مالی که به وام گیرنده پرداخته است، منافاتی با لزوم عقد قرض ندارد. زیرا مبنای پیمان دو طرف این است که مقترض مدیون رد مثل مال شود و او نیز، مانند هر مدیون دیگر، باید پس از رجوع طلبکار آن را بپردازد، مگر این که مهلت ویژه‌ای برای پرداختن دین شرط شده باشد.

اختیار مدیون در تأدیهٔ دین نیز با لزوم عقد قابل جمع است، زیرا مفاد قرض این نیست که مدیون ملزم باشد تا زمانی که طلبکار می‌خواهد همچنان مدیون باقی بماند. عقد قرض وام‌گیرنده را ملتزم به رد مثل می‌کند و ایفای به این تعهد تأیید مفاد عقد است نه فسخ آن.

۲۸۹. اثر شرط اجل در عقد :

اگر لزوم عقد قرض به دلایلی که گفته شد پذیرفته شود، شروط ضمن آن نیز باید الزام‌آور باشد. زیرا مفاد شرط در زمرهٔ تعهدهای ناشی از عقد و تابع آن است و کسی که به اصل پیمان ملتزم شده ناچار به توابع آن نیز پای‌بند است. تنها تردید جدی که به میان آمده دربارهٔ تعیین اجل است: بدین معنی که، هرگاه در عقد قرض شرط شود که وام دهنده تا مدتی نتواند برای گرفتن طلب خود رجوع کند، آیا این شرط الزام‌آور است و پیش از فرا رسیدن موعد وام گیرنده به پرداخت دین اجبار نمی‌شود یا وجود شرط نیز نمی‌تواند مانع از رجوع طلبکار باشد؟

این تردید ناشی از لحن مادهٔ ۶۵۱ قانون مدنی و سابقهٔ تاریخی آن است. بدین

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۲۹۲ ـ محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۲۴، سطر ۱۶ به بعد.

توضیح که بیشتر فقیهان شرط مدت را در قرض الزام‌آور نشناخته‌اند و حتی بعضی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند[1]، وگاه اگر فقیهی احتمال لزوم این شرط را در کتابی داده است، در کتاب دیگر خود از این گفته عدول کرده و شهرت مربوط به لازم نبودن شرط را محترم شمرده است[2]. نویسندگان قانون مدنی، بدون این که از لزوم و جواز شرط سخنی بگویند، مادهٔ ۶۵۱ را بدین عبارت تنظیم کرده‌اند که: «**اگر برای اداء قرض به وجه ملزمی اجلی معین شده باشد، مقترض نمی‌تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند**». بسیاری از استادان و نویسندگان از این ماده چنین استنباط کرده‌اند که شرط مهلت باید ضمن عقد لازم دیگری بیاید تا الزام‌آور باشد، وگرنه لزومی نداشت که قانونگذار به «وجه ملزمی» در مادهٔ ۶۵۱ اشاره کند. در واقع قانون مدنی درست از عقیدهٔ مشهور در فقه امامیه پیروی کرده است[3].

این نظر از لحاظ تاریخی قابل توجیه است، ولی از جهت منطقی نباید پذیرفته شود. زیرا، اگر ارادهٔ دو طرف می‌تواند ضمن عقد دیگری کارگزار شود و دین وام گیرنده را مؤجل سازد، چرا ضمن عقد قرض نباید این اثر را داشته باشد؟ آیا مهلت‌دار شدن دین و عدم امکان رجوع به وام گیرنده جز به دلیل این است که دو طرف چنین خواسته‌اند؟ و اگر خواستهٔ آنان محترم است چه تفاوت می‌کند که ضمن عقد قرض اعلام شود یا بیع و صلح؟

مادهٔ ۱۰ قانون مدنی اهمیت صورت بیان اراده را از بین برده و اصلی به وجود آورده است که بر طبق آن توافق دو اراده منشأ آثار حقوقی است نه صورت و قالب آن. مادهٔ ۶۵۱ نیز باید با ملاحظهٔ همین اصل تفسیر شود. در حقوق کنونی ما تراضی دو طرف، تا جایی که خلاف صریح قوانین نباشد، خود وجه ملزمی است که نیاز به شکل خاص

۱. محقق حلی، شرایع الاحکام، کتاب قرض ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۲۹۲ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۳ و ۶ ـ سید علی طباطبائی، ریاض، ج ۱، کتاب قرض ـ سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب دین.

۲. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۲۱ (که لزوم وفاء به شرط را احتمال داده)؛ شرح لمعه، چاپ سربی نجفی، ج ۴، ص ۱۷.

۳. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۰۰ ـ محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۳۵۶ ـ مصطفی عدل، ص ۴۰۷.

ندارد. در این نظام حقوقی، وقتی گفتگو «از وجه ملزم» می‌شود، دیگر نباید در اندیشهٔ قالب‌های کهن بود و وجود یکی از عقود لازم و با نام را لازمهٔ نفوذ توافق شمرد. وانگهی، اگر پذیرفته شود که قرض در زمرهٔ عقود لازم است، دیگری هیچ چیز از سایر عقود کم ندارد.

برای این که موقعیت مادهٔ ۶۵۱ در مجموع نظام حقوقی ما روشن شود، ملاحظهٔ مقررات اعلام شده در قانون تجارت نیز ضرورت دارد. می‌دانیم که صدور سفته ذاتاً عمل تجاری نیست و از نظر ماهیت رابطهٔ حقوقی با قرض شباهت زیاد دارد. در فته طلب یا سفته، مدیون (که می‌تواند مقترض باشد) تعهد می‌کند مبلغی در موعد معین یا عندالمطالبه به دیگری (که ممکن است مقرض باشد) بپردازد. تشریفات صدور سفته نیز برای استفاده از امتیازهای تجارتی آن است و ارتباطی به ماهیت مدنی عمل حقوقی ندارد. موعدی که در این سند برای تأدیهٔ دین معین می‌شود برای طرفین الزام‌آور است، در حالی که هیچ‌یک از مقررات ویژهٔ سفته اقتضای ایجاد اثر استثنایی برای این ورثه را ندارد. بنابراین، آیا منطقی نیست اگر ادعا شود که قانونگذار ما تراضی را به تنهایی برای مؤجل ساختن دین کافی می‌داند و نیازی به شرط کردن ضمن عقد لازم نمی‌بیند؟

عرف مسلم تجارتی و مدنی نیز این تعبیر را تأیید می‌کند، زیرا در بیشتر اسناد طلب دین موعد دارد و طرفین خود را پای‌بند به شرط می‌بینند و محاکم نیز کوچک‌ترین تردیدی در اعتبار این شروط نمی‌کنند: یعنی، اگر سند تنظیم شود و ضمن آن وام‌گیرنده در برابر گرفتن مبلغی پول تعهد کند که پس از سه ماه بدهی خود را بپردازد، هیچ دادگاهی چنین دینی را حال نمی‌داند.

۲۹۰. انتقال موضوع قرض :

عقد سبب انتقال موضوع آن به وام‌گیرنده می‌شود و، چنان که در فصل نخست آمد، در حقوق ما این انتقال در نتیجهٔ توافق انجام می‌پذیرد و نیازی به قبض ندارد. بنابراین، پس از تحقق عقد، وام گیرنده می‌تواند تسلیم مورد قرض را از وام دهنده بخواهد و زیان‌های ناشی از عدم تسلیم یا تأخیر آن را از او بگیرد. منافع موضوع عقد از تاریخ بسته شدن آن به وام‌گیرنده تعلق دارد و وام دهنده، جز در مورد یکی از خیارات قانونی، حق

ندارد مالی را که به وام داده پس بگیرد. وام‌گیرنده مدیون است که مثل آنچه را گرفته پس بدهد، ولی مالکیت او نسبت به عین مال قطعی است.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که قبض هیچ اثری در رابطهٔ حقوقی ندارد. زیرا، نه تنها تلف مورد قرض پیش از قبض عقد را منحل می‌سازد (مفهوم مخالف مادهٔ ۶۴۹)، نقص این مال نیز پیش از تسلیم بر عهدهٔ وام دهنده است، بدین ترتیب که وام گیرنده حق دارد عقد را به دلیل ناقص شدن موضوع قرض فسخ کند (مواد ۳۸۸ و ۶۴۹). وانگهی، در مواردی که موضوع قرض کلی است، در اثر عقد وام گیرنده بر هیچ مالی در عالم خارج حق عینی پیدا نمی‌کند، و تحقق مالکیت او منوط بر این است که وام دهنده موضوع دین را معین سازد. این تعیین در غالب موارد با تسلیم صورت می‌پذیرد، چندان که با اندک مسامحه‌ای می‌توان گفت در اثر تسلیم انتقال حاصل می‌شود.

از اینها گذشته، هرچند که از لحاظ قانونی عقد قرض با ایجاب و قبول تمام می‌شود، در عمل تعهد وام‌گیرنده بر رد مثل منوط به قبض است. زیرا می‌دانیم که او می‌تواند عین مال را، به عنوان یکی از مصداق‌های کلی که بر ذمه دارد، به وام دهنده بدهد. پس، تا مالی را که به او تملیک شده در تصرف خود نگیرد، در عمل امکان رجوع وام دهنده به او تنها جنبهٔ نظری دارد.

۲۹۱. تعهدات وام گیرنده به موضوع تأدیه :

وام‌گیرنده متعهد است مثل مالی را که گرفته است از حیث مقدار و جنس و وصف به وام دهنده رد کند (مادهٔ ۶۴۸). برای مثال، اگر کشاورزی هنگام کشت دو خروار گندم ورامین از شرکت تعاونی وام گرفته باشد، باید در وعدهٔ مقرر دو خروار گندم با همان اوصاف بدهد. ولی، گاه اتفاق می‌افتد که هنگام تأدیهٔ دین مثل مالی که به قرض داده شده نایاب می‌شود و مدیون نمی‌تواند به تعهد اصلی خود دربارهٔ تهیهٔ مثل عمل کند. در این حالت، ناچار باید قیمت آن مال پرداخته شود. دربارهٔ این پرسش که قیمت چه زمانی باید داده شود، قانون مدنی به همهٔ گفتگوها پایان بخشیده و در مادهٔ ۶۴۸ مقرر می‌دارد: «... و در صورت تعذّر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد».

ترقی یا تنزل قیمت مالی که به وام داده شده اثری در تعهد وام گیرنده به رد مثل ندارد، زیرا در قرض نیز مانند همهٔ داد و ستدها امکان بالا و پایین رفتن ارزش کالاها و قدرت خرید پول وجود دارد و دو طرف با ملاحظهٔ این خطرها توافق می‌کنند. به همین دلیل است که مادهٔ ۶۵۰ قانون مدنی تصریح می‌کند: «مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند، اگر چه قیمتاً ترقی یا تنزل کرده باشد».

با وجود این، هرگاه در اثر حادثه‌ای مثل مال از قیمت بیفتد، دیگر نمی‌توان ادعا کرد که ایفای به عهد با تهیهٔ مثل امکان دارد. پس، در این حالت نادر نیز باید قیمت آن مال پرداخته شود. منتها، چون تا زمانی که موضوع قرض ارزشی داشته موضوع دین همچنان مثل آن بوده است، آخرین قیمت به وام دهنده داده می‌شود؛ چنان که همین ترتیب را مادهٔ ۳۱۲ قانون مدنی در مورد از مالیت افتادن مورد غصب نیز مقرر داشته است.

همچنین، در مواردی که وام گیرنده تعهد می‌کند که دین پولی خود را معادل مقداری طلا یا ارز خارجی بپردازد، این شرط الزام‌آور است (مادهٔ ۱۰ ق.م.).

۲۹۲. موعد تأدیه :

برای تعیین موعد تأدیه، باید بین قرضی که بدون شرط مهلت انجام شده و قرضی که در آن تاریخ معینی را برای مطالبه شرط کرده‌اند تفاوت گذارد:

۱. **در موردی که اجل معینی برای پرداخت معین نشده است**، وام دهنده می‌تواند هرگاه بخواهد برای گرفتن طلب خود رجوع کند و وام گیرنده نیز حق دارد هر زمان که اراده کند دین را بپردازد. منتها، مادهٔ ۹۵۲ قانون مدنی به دادرس اجازه داده است که «... مطابق اوضاع و احوال برای مقترض مهلت یا اقساطی قرار دهد».

از لحن مادهٔ ۶۵۲ چنین بر می‌آید که مبنای دادرسی اختصاص به وضع مالی مدیون ندارد و، به همین جهت، به جای عبارت «نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط دهد» که در مادهٔ ۲۷۷ آمده، قانونگذار قید «مطابق اوضاع و احوال» را به کار برده است. بنابراین، گذشته از مواردی که دو طرف موعدی برای ادای قرض معین می‌کنند،

دادرس می‌تواند، با ملاحظهٔ اوضاع و احوال کار و مبنای مشترک طرفین، به مدیون مهلت یا قرار اقساط بدهد.

از جملهٔ این موارد حالتی است که دو طرف قرار می‌گذارند که دین در صورت توانایی مالی وام‌گیرنده پرداخته شود (عندالقدرة و الاستطاعة). در این مورد، چون اجل معین نشده است، حکم مادهٔ ۶۵۱ قابل اجرا نیست و ناچار دادرس باید، با توجه به این وضع خاص و احترام به قصد مشترک طرفین، موعد پرداختن دین را چنان معین کند که مدیون توانایی آن را داشته باشد و از لحاظ معیشت خود به تنگدستی نیفتد.

۲. در موردی که اجلی برای ادای دین معین می‌شود: بر طبق مادهٔ ۶۵۱ «**... مقرض نمی‌تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند**». مگر این که در زندگی مدیون حوادثی رخ دهد که به حکم قانون موجب حال شدن دیون مؤجل او گردد: مانند موت (مادهٔ ۲۳۱ قانون امور حسبی) و ورشکستگی (مادهٔ ۴۲۱ قانون تجارت).

از مفهوم مادهٔ ۶۵۱ ق.م. چنین بر می‌آید که تعیین اجل تنها وام دهنده را پای‌بند می‌کند و مانع از آن نیست که وام‌گیرنده هر زمان که مایل است بدهی خود را بپردازد. این حکم، به ویژه در نظامی که قرض با منفعت ممنوع است، ناظر به مورد غالب است. زیرا، به طور معمول وام دهنده نفعی در تأخیر ادای دین ندارد و مایل است که هرچه زودتر به حق خود برسد: به بیان دیگر، شرط اجل تنها به سود وام‌گیرنده است و او می‌تواند از آن صرفنظر کند و دین را زودتر بپردازد. ولی، امروز در معاملات تجارتی کمتر قرضی به چشم می‌خورد که فایده‌ای برای وام دهنده نداشته باشد، و باید این واقعیت اقتصادی را در تفسیر مفاد قرض و قصد مشترک دو طرف در نظر داشت.

شرط نیز، مانند هر توافق دیگر، در حدود مفاد خود برای طرفین الزام‌آور است (مادهٔ ۱۰ ق.م.) و در صورتی یکی از آن دو می‌تواند از اجرای آن چشم بپوشد که هدف از شرط تنها حفظ منافع او باشد، وگرنه شرطی که به سود دو طرف مقرر شده است جز با توافق آنان از بین نمی‌رود. قانون مدنی نیز فرض کرده است که، چون شرط اجل تنها برای حفظ منافع مدیون مقرر شده و طلبکار سودی از ادامهٔ قرض نمی‌برد، پس مدیون آزاد است که از این سود بگذرد و دین را بپردازد. ولی، هرگاه ثابت شود که وام دهنده

نیز در باقی ماندن دین نفعی دارد (چنان که در وام با سود چنین است)، وام گیرنده نمی‌تواند این توافق را یک جانبه بر هم زند و وام را بپردازد.

تشخیص این که شرط اجل به سود دو طرف یا تنها وام گیرنده مقرر شده با دادرس است، ولی در وام رایگان (قرض‌الحسنه)، فرض اینست که شرط تنها به سود وام گیرنده است و در وام با سود به نفع هر دو طرف.

۲۹۳. تعهدهای وام دهنده :

دانستیم که قرض از عقود رضایی است و با ایجاب و قبول واقع می‌شود. در اثر عقد قرض موضوع آن به وام گیرنده منتقل می‌شود، و بنابراین وام دهنده وظیفه دارد که آن را به وام گیرنده تسلیم کند. خودداری از اجرای این تعهد، نه تنها به وام گیرنده حق می‌دهد که خسارات ناشی از انجام ندادن تعهد را از او بگیرد، تلف و نقص مال را نیز بر عهدهٔ وام دهنده می‌گذارد، هرچند که در نتیجهٔ حوادث خارجی باشد.

گذشته از اینها، وام دهنده مسؤول زیان‌هایی است که در نتیجهٔ عیب مورد قرض به وام گیرنده وارد می‌شود، مشروط بر این که از آن علت آگاه باشد و به اطلاع وام گیرنده نرساند. زیرا، این خودداری نوعی خطا است که باعث ورود ضرر به دیگری می‌شود. همچنین، وام دهنده باید راه به کار بردن و استفاده از مورد قرض را در جایی که عرف لازم می‌داند، به وام گیرنده نشان دهد و اطلاعاتی را که لازمهٔ تسلیم است در اختیار او گذارد.

در برابر این تعهد، وام گیرنده نیز باید موضوع قرض را که آمادهٔ تسلیم به او است بپذیرد، مشروط بر این که از حیث مقدار و جنس و وصف با آنچه وام داده شده یکسان باشد. ضمانت اجرای تعهد طلبکار در مادهٔ ۲۷۳ ق.م. چنین بیان شده است: «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند، متعهد به وسیلهٔ تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام مسؤول خساراتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود».

عقد جعاله

فصل اول

کلیات

۲۹۴. مبنا و فایده :

در اجارهٔ اشخاص دیدیم که، هرگاه شخص بخواهد خدمتی برای دیگری انجام دهد و در برابر آن پاداشی مناسب بگیرد، موضوع این توافق باید معین باشد: یعنی باید، به‌وسیلهٔ تعیین مدت و چگونگی کاری که باید انجام شود، دو طرف بدانند که چه خدمتی را با پول مبادله می‌کنند، چه می‌دهند و در برابر چه می‌گیرند.

ولی، تعیین چگونگی و مقدار کاری که باید انجام شود گاه امکان‌پذیر نیست و از پیش به درستی نمی‌توان پیش‌بینی کرد که برای رسیدن به نتیجهٔ مطلوب چه باید کرد. فرض کنیم مالکی حیوان مورد علاقهٔ خود را گم کرده و اکنون می‌خواهد برای یافتن آن پاداشی معین کند. این پاداش در برابر چه کاری داده می‌شود؟ آیا معلوم هست کسی که این خدمت را به عهده گرفته است چه مدت باید کار کند و چه نوع کاری را باید انجام دهد؟ مثال دیگر: ثروتمندی برای کشف داروی بیماری سرطان مبلغی جایزه معین می‌کند، ولی آیا معلوم است که در برابر چه مقدار کار این پول را می‌پردازد؟

از این گونه مثالها زیاد است، ولی در همهٔ آنها کسی که ملتزم به دادن پاداشی می‌شود تنها به نتیجهٔ مورد نظر توجه دارد و در برابر آن پول می‌پردازد، و دشواری یا سادگی راه رسیدن به این مطلوب سهمی در میزان التزام ندارد، یعنی تعهد عامل تعهد به نتیجه است

نه به فراهم کردن وسیله (مادهٔ ۵۶۷ ق.م.).

مردم به چنین توافقی نیاز دارند و همیشه نمی‌توان انتظار داشت که دستمزد در برابر کار معین پرداخته شود. جعاله نیز به همین منظور در زمرهٔ عقود معین آمده است، و مادهٔ ۵۶۴ قانون مدنی در تأیید فایدهٔ آن می‌گوید: «در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.»

۲۹۵. تعریف :

مادهٔ ۵۶۱ قانون مدنی در تعریف جعاله می‌گوید: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین». و مادهٔ ۵۶۲ در مقام بیان اصطلاحاتی که در این عمل حقوقی به کار می‌رود، می‌افزاید: «در جعاله، ملتزم را جاعل، طرف را عامل و اجرت را جعل (به ضم جیم) می‌گویند».

این تعریف ماهیت جعاله را در برابر اجارهٔ اشخاص، که با آن شباهت زیاد دارد، معین نمی‌سازد. زیرا در اجارهٔ اشخاص نیز مستأجر ملتزم می‌شود که اجرت معلومی را در برابر کار معین بپردازد. ولی، همان‌گونه که اشاره شد، بین جعاله و اجاره این تفاوت اساسی وجود دارد که در عقد اجاره اجرت و میزان کار باید معلوم و معین باشد و طرف ایجاب نیز شخص معینی است که به عنوان اجیر آن را می‌پذیرد و ملتزم به کار می‌شود؛ ولی، در جعاله، نه تنها میزان کاری که باید انجام شود به درستی معلوم نیست، اجرت نیز ممکن است به طور کامل معلوم نباشد (مادهٔ ۵۶۳ ق.م.) و ایجاب ممکن است به طرفیت عموم شود، یعنی جاعل اعلان کند که ملتزم است به هرکس که کار مورد نظر او را انجام دهد فلان پاداش را بدهد. بنابراین، در جعاله نسبت به شرایط درستی التزام سختگیری کمتری شده است تا نیاز مردم به این گونه معاملات برآورده شود.

۲۹۶. اقسام جعاله :

جعاله به اعتبار چگونگی ایجاب بر دو قسم است: خاص و عام.

۱. در جعالهٔ خاص، ایجاب برای شخص معین می‌شود، طرف خطاب تنها یک یا چند نفر خاص است و به همین دلیل نیز پذیرفتن ایجاب از طرف دیگری امکان ندارد. برای مثال، اگر پدری به فرزندش بگوید، در صورتی که بتوانی فلان مسألهٔ ریاضی را تا دو ساعت دیگر حل کنی ده هزار ریال به تو جایزه می‌دهم، تنها فرزند مورد خطاب می‌تواند با پذیرفتن پیشنهاد پدر و حل مسألهٔ ریاضی پاداش معین را بگیرد[1].

۲. در جعالهٔ عام، آنچه به نظر جاعل اهمیت دارد، رسیدن به نتیجهٔ مطلوب است و به همین جهت ایجاب را به طرف عموم می‌کند و ملتزم می‌شود که هرکس کار مورد درخواست او را انجام دهد پاداش معهود را می‌گیرد. پاره‌ای از نویسندگان امکان ایجاب به طرف عموم را از ویژگی‌های جعاله پنداشته و آن را از نشانه‌های ایقاع بودن جعاله دانسته‌اند[2]، ولی باید دانست که ایجاب قراردادهای مالی می‌تواند به طرف عموم باشد، چنان که پیشنهاد فروش مالی به قیمت معین بشود، بی‌آنکه خریدار معینی مورد نظر مالک قرار گیرد.

۲۹۷. ماهیت حقوقی: جعاله عقد است یا ایقاع؟

در این که جعاله در زمرهٔ عقود است یا در شمار ایقاعات، قانون مدنی حکم صریحی ندارد. چگونگی انشای موادگواه بر این است که نویسندگان قانون مدنی نیز در این باره تصمیم قاطعی نگرفته‌اند و نتوانسته‌اند به تردیدی که فقهای امامیه داشته‌اند پایان دهند. زیرا، از سویی، جعاله در شمار عقود معین، مانند مضاربه و ودیعه و اجاره، آمده است و، از سوی دیگر، در تعریف جعاله از به کار بردن واژهٔ عقد احتراز شده و این عمل حقوقی به «التزام به اداء اجرت معلوم» تعبیر گشته است (مادهٔ ۵۶۱). در مادهٔ ۵۶۵ نیز که قانونگذار در مقام بیان اختیار دو طرف در بر هم زدن عقود بوده چنین آمده است: «**جعاله تعهدی است جایز...**».

۱. فرض این است که طرفین ارادهٔ جدی بر بستن پیمان حقوقی دارند و گفتهٔ پدر تنها وعدهٔ اخلاقی نیست.
برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به، دکتر امامی، ج ۲، ص ۱۲۲ که اعتقاد دارند هرگاه خصوصیت عامل مورد نظر جاعل نباشد، و دیگری آن عمل را انجام دهد، عامل مستحق اجرت‌المثل عمل خواهد بود.
۲. محمد بروجردی عبده، ص ۳۱۸.

در نتیجهٔ همین اجمال، نویسندگان حقوق مدنی هم دربارهٔ عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف پیدا کرده‌اند: بعضی از آنان، با ملاحظهٔ احکام جعاله و آثاری که بر التزام جاعل بار می‌شود آن را ایقاع شمرده‌اند[۱] و گروه دیگر جعاله را عقد گفته‌اند[۲].

در عقد بودن جعالهٔ خاص کمتر تردید شده است، زیرا اگر کسی به دیگری پیشنهاد انجام دادن کاری را در برابر گرفتن مبلغ معین بکند و او پیشنهاد را بپذیرد و کار مورد نظر را انجام دهد، منشأ تعهد توافق آن دو است و به دشواری می‌توان ادعا کرد که التزام جاعل به صرف ارادهٔ او ایجاد شده و قصد عامل در آن اثر نداشته است.

اشکال عمده در جایی است که جعاله به طرف عموم انشاء می‌شود و کسی پیش از آگاه شدن به التزام جاعل کار مورد نظر او را انجام می‌دهد. می‌گویند، در چنین حالتی نیز عامل مستحق اجرت مورد التزام است، در حالی که این التزام را نمی‌توان به توافق اراده‌های آن دو منسوب کرد و برای آن مبنایی جز ارادهٔ منحصر جاعل وجود ندارد.

ولی، بر فرض که جاعل در برابر کسی که بدون اطلاع از پیشنهاد او کار مورد نظر را انجام داده است ملتزم به دادن پاداش باشد، توجیه این التزام با ایقاع بودن جعاله ملازمه ندارد. زیرا این دعوا در موردی مطرح می‌شود که عامل پس از انجام دادن کار از پیشنهاد جاعل مطلع شود و برای گرفتن پاداش موعود به او رجوع کند. در این حالت، به جای این که ادعا شود جاعل تنها در اثر ارادهٔ خویش ملتزم به دادن پاداش شده است، چرا نمی‌توان گفت که استحقاق عامل در نتیجهٔ پذیرفتن پیشنهاد و توافق دو طرف به وجود آمده است؟

عامل در هر حال پیشنهاد التزام را پذیرفته و بر مبنای آن به جاعل رجوع کرده است، جز اینکه کار مورد درخواست او را پیش از آگاه شدن به ایجاب انجام داده است. اگر مقصود جاعل از پیشنهاد خود انجام دادن کار معین و رسیدن به هدف ویژهٔ خود باشد، چه تفاوت می‌کند که نیل به آن پیش از قبول باشد یا پس از قبول؟[۳]

۱. محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۳۱۷ به بعد.
۲. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۲۱ ـ مصطفی عدل (منصور السلطنه)، ص ۳۶۹.
۳. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، شمارهٔ ۱۳۲ و ۳۶۶ ـ شهید اول، دروس (نقل از مسالک، ج ۲، کتاب جعاله).

فصل دوم

انعقاد جعاله

۲۹۸. ایجاب و قبول :

در عقد جعاله، ایجاب از طرف جاعل می‌شود و این ایجاب حاوی التزام به پرداختن پاداش یا عوضی در برابر انجام دادن کار معین است. ایجاب ممکن است خطاب به شخص معین باشد یا به عموم. در موردی که ایجاب برای عموم است، یعنی هدف جاعل رسیدن به نتیجهٔ مورد نظر است و شخصیت عامل در نظر او اهمیت ندارد، همیشه با قیود و شروطی همراه است که گاه به طور صریح و گاه دیگر به طور ضمنی از اطلاق ایجاب می‌کاهد. پس، برای تعیین حدود التزام جاعل، باید به مفاد پیشنهاد او و قیود عرفی آن توجه داشت.

برای مثال، هر پیشنهاد عامی مقید بر این است که التزام در برابر نخستین کسی است که کار مورد نظر انجام می‌دهد و نتیجه را به جاعل تسلیم می‌کند. همچنین، اگر مؤسسه‌ای برای پیشرفت هنر نقاشی اعلان کند که هرکس در سال بیش از پنجاه تابلوی ارزنده تهیه کند ده میلیون ریال جایزه می‌گیرد، نقاشی که تابلوها را آماده دارد نمی‌تواند از این پاداش استفاده کند، زیرا ایجاب به طور ضمنی مقید بر این است که تابلوها در آینده تهیه شود وجایزهٔ تعیین شده هنرمندان را در آینده به کار و کوشش ترغیب کند.

قبول جعاله نیز ممکن است به طور صریح انجام شود و به اطلاع جاعل برسد، یا در مورد جعالهٔ عام به طور ضمنی انجام شود، یعنی عامل، پس از آگاه شدن از مفاد التزام، با

شروع به کار مورد تقاضا آن را به طور ضمنی بپذیرد، یا عاملی که پیش از آگاه شدن از ایجاب کار معهود را انجام داده است، پیشنهاد جاعل را بپذیرد و نتیجهٔ کار را تسلیم کند.

۲۹۹. التزام به جعاله :

۱. گویندهٔ ایجاب وظیفه‌ای ندارد که پای‌بند به التزام خود باقی بماند و حتی پس از قبول نیز می‌تواند از آن رجوع کند، چنانکه مادهٔ ۵۶ قانون مدنی می‌گوید:

«جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هریک از طرفین می‌توانند رجوع کنند، ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد».

۲. همان گونه که در مادهٔ ۵۶۵ آمده است، گویندهٔ قبول نیز به مفاد ارادهٔ خود پای‌بند نیست و می‌تواند از انجام دادن کار و گرفتن پاداش منصرف شود.

با وجود این، در فرضی که ایجاب به طرف عموم است، این موجود اعتباری چنان آفریده شده که قبول هرکس می‌تواند آن را به التزام تبدیل کند. از قید تعلق آزاد است و با هر ارادهٔ موافقی سازگاری دارد. منتها، چون معنی پیشنهاد انجام کار به عموم این است که در برابر نخستین کسی که نتیجهٔ کار را تسلیم کند التزام تحقق می‌یابد، ایجاب تا زمان تسلیم نخستین کار باقی است. بنابراین، اگر کسی آن را بپذیرد و رد کند، انصراف او ایجاب را از بین نمی‌برد، زیرا فرض این است که این موجود اعتباری برای او ساخته نشده و تا حصول نتیجه باقی است، پس، حق دارد به عنوان مصداق و فردی از عموم دوباره آن را بپذیرد.

۳۰۰. اهلیت دو طرف :

۱. اهلیت عامل: گروهی از فقیهان جعاله را در زمرهٔ ایقاعات آورده‌اند، به این تعبیر که جاعل با التزام خویش سبب‌سازی می‌کند تا هرکس کار مورد نظر را انجام دهد استحقاق پاداش را پیدا کند. بنابراین، عامل در ایجاد التزام دخالت ندارد، و هرگاه کار معهود را انجام دهد، به مقتضای سببی که از پیش به وجود آمده است، حق پاداش گرفتن را

می‌یابد[۱]. با این تعبیر، چون عامل در ساختمان حقوقی جعاله دخالت ندارد، لازم نیست اهلیت تصرف داشته باشد و صغیر ممیز و سفیه، و حتی به گفتهٔ بعضی مجنون و صغیر غیرممیز نیز، می‌تواند طرف جعاله قرار گیرد.

پاره‌ای از استادان، با این که جعاله را عقد می‌دانند، صغیر ممیز و سفیه را برای قبول التزام اهل می‌شمرند[۲]. مبنای این گفته بر نظری استوار است که به موجب آن، چون کار انسان در زمرهٔ اموال او به شمار نمی‌رود و حجر سفیه و صغیر ممیز به دلیل نداشتن اراده نیست و بدین خاطر است که در اموال خود تصرف نابجا نکنند، این اشخاص دربارهٔ کار خود می‌توانند به درستی و بی‌آنکه نیاز به اجازهٔ ولی یا قیم خود داشته باشند پیمان ببندند. با این تعبیر، سفیه و صغیر ممیز می‌توانند به هر مبلغ که می‌خواهند اجیر نیز بشوند[۳].

آنچه در ارزیابی این نظر در اهلیت اجیر گفته شد ما را از بررسی دوبارهٔ آن بی‌نیاز می‌کند[۴]. ولی، به طور خلاصه باید دانست که حمایت از صغیر ممیز و سفیه و حفظ دارایی ایشان نیز ایجاب می‌کند که در قراردادهای مربوط به کارشان نیز بی‌سرپرست نمانند و در زمرهٔ محجوران قرار گیرند.

۲. **اهلیت جاعل**: دربارهٔ لزوم اهلیت برای جاعل هیچ تردیدی نشده است و همه تأیید کرده‌اند که او باید برای ملتزم شدن اهلیت کامل داشته باشد.

۳۰۱. موضوع جعاله :

۱. **کفایت علم اجمالی**: جعاله در برابر اجاره این مزیت را داراست که در آن کار موضوع التزام می‌تواند مجهول باشد. قانون مدنی در تأیید همین نظر می‌گوید: **در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن**

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد نکاح، کتاب جعاله ـ سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب جعاله.
۲. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۲۳.
۳. همان کتاب، ص ۲۰.
۴. رک. ش ۲۵۶.

نامعلوم باشد». این حکم استثنایی دربارهٔ اجرت نیز تکرار شده است، زیرا به نظر نویسندگان این قانون، عدالت معاوضی ایجاب می‌کرده است که اگر مجهول بودن عمل اجازه داده می‌شود، همین استثنا در مورد اجرت نیز مقرر شود؛ چنان که مادهٔ ۵۶۳ اعلام می‌کند: «**در جعاله، معلوم بودن اجرت من جمیع‌الجهات لازم نیست. بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هرکس گمشدهٔ او را پیدا کند حصهٔ مشاع معینی از آن مال او خواهد بود، جعاله صحیح است**».

امکان مجهول ماندن دو عوض تا جایی امکان دارد که تعهد ناشی عقد از نظر حقوقی قابل احراز باشد و دادرس بتواند آن را موضوع حکم قرار دهد. زیرا، دینی که موضوع آن به کلی مجهول بماند یا تعیین میزان و چگونگی آن به عهدهٔ مدیون واگذار شود از نظر حقوقی دین نیست. این نکته را از لحن مادهٔ ۲۱۶ نیز به خودی خود می‌توان استنباط کرد، زیرا در آن تنها قراردادی مجاز شناخته شده است که طرفین حداقل علم اجمالی به موضوع آن داشته باشند و حتی به طور استثنایی نیز نمی‌توان پیمانی بست که موضوع آن به کلی مجهول باشد.

جعاله از پیمان‌هایی است که در آن علم اجمالی به موضوع تعهد کافی است و همین اندازه که عمل و اجرت قابلیت تعیین را داشته باشد قرارداد درست است[1].

۲. لزوم مشروع بودن کار: کاری که به موجب جعاله درخواست می‌شود باید مشروع و عقلایی باشد (مادهٔ ۵۷۰) و از این حیث بین جعاله و اجاره تفاوتی نیست. پس، اگر شخصی در برابر ارتکاب جرم یا ارتکاب کاری که برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی است ملتزم به دادن اجرت شود، جعاله باطل است. همچنین است هرگاه کار مورد تقاضا را خردمندان عاقلانه و مفید ندانند، زیرا حقوق وسیلهٔ تنظیم روابط اجتماعی معقول است نه تأمین هوی و هوسهای فردی.

۱. مانند این که گفته شود هرکس ظرف یک ماه بتواند کپیهٔ فلان تابلوی نقاشی را بسازد، دستمزد او را بر طبق تشخیص فلان کارشناس می‌پردازم.

فصل سوم

آثار جعاله

۳۰۲. اثر التزام :

عقد جعاله لازم نیست و جاعل و عامل می‌توانند، هرگاه که بخواهند و بدون این که نیاز به بهانهٔ مشروع داشته باشند، آن را بر هم زنند. منتها، باید دانست که امکان بر هم زدن عقد بدین معنی نیست که التزام جاعل هیچ اثری به بار نمی‌آورد و سرنوشت این دین به طور کامل به دست او است. توجه به این نکته‌ها آثار فسخ عقد را دربارهٔ التزام جاعل روشن می‌سازد:

۱. در صورتی که کار مورد درخواست مرکب از اجزایی باشد که هرکدام به طور مستقل منظور جاعل باشد و پس از انجام دادن پاره‌ای از آن اجزاء عقد فسخ شود **«عامل از اجرت‌المسمی، به نسبت عملی که کرده است، مستحق خواهد بود، اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل»**. (مادهٔ ۵۶۶ ق.م.). زیرا فرض اینست که کار مورد درخواست تجزیه‌پذیر است و انجام دادن هر جزء سهمی در میزان پاداش دارد. از سوی دیگر، اثر فسخ نسبت به آینده است و آنچه را که عامل پیش از آن انجام داده است بر طبق پیمانی بوده که دو طرف باید به آن پای‌بند باشند. پس، عامل به نسبت کار انجام شده استحقاق گرفتن پاداش مورد التزام را دارد. برای مثال، اگر طرح چند نقشهٔ ساختمانی یا تابلوی نقاشی لازمهٔ گرفتن تمام اجرت باشد و پس از تمام شدن نیمی از نقشه‌ها یا

تابلوها عقد فسخ شود، جاعل باید التزام خویش را به نسبت کاری که انجام شده است اجرا کند. تعیین این نسبت، در صورت اختلاف، با کارشناس است.

۲. جایی که کار مورد پیشنهاد تجزیه‌ناپذیر باشد و جاعل تنها به یک نتیجهٔ معین نظر داشته باشد، تهیهٔ مقدمات آن کار یا کوشش در راه رسیدن به نتیجهٔ معهود هیچ اجرتی ندارد. زیرا، در جعاله تنها نتیجهٔ کار مورد نظر است نه کوشش در راه حصول آن و رسیدن به نتیجه است که برای عامل حق پاداش گرفتن را به وجود می‌آورد. بنابراین، هرگاه جعاله پیش از رسیدن به نتیجهٔ نهایی فسخ شود، جاعل هیچ التزامی در پرداختن سهمی از اجرت ندارد، هر چند که خود او عقد را بر هم زده باشد. برای مثال، اگر کسی اعلان کند که هرکس تقویم گمشدهٔ او را بیابد و تحویل دهد سه هزار ریال پاداش می‌گیرد، و دیگری مدت صد روز در راه پیدا کردن تقویم کوشش کند، ولی پیش از یافتن تقویم از تصمیم خود منصرف شود یا عامل پیشنهاد خود را پس بگیرد، نمی‌توان سهمی از صد هزار ریال را به عنوان اجرت به او داد، زیرا صد هزار ریال برای یافتن تقویم بوده است.

با وجود این، چون فسخ عقد از طرف جاعل باعث می‌شود که عامل زیان نابجایی ببیند، قانونگذار جاعل را ناگزیر ساخته تا اجرت‌المثل کار او را بپردازد (مادهٔ ۵۶۵ قانون مدنی).

مبنای مسؤولیت جاعل در این مورد خطای او نیست. زیرا بر طبق حقی رفتار کرده که قانون به او داده است و حتی اگر بهانهٔ مشروعی هم برای انصراف خود داشته باشد، باید اجرت‌المثل مقرر را بپردازد. در واقع، قانونگذار برای جبران ضرر عامل برای جاعل مسؤولیت عینی به وجود آورده است؛ سببیت عرفی را کافی شمرده بی‌آنکه در اندیشهٔ احراز تقصیر جاعل باشد.

۳۰۳. اثر کار انجام شده :

بارها گفته شد که التزام جاعل در برابر تحقق نتیجهٔ مورد نظر است نه کوشش در این راه و انجام مقدمات آن. این نتیجه را عامل باید تسلیم کند تا مستحق اجرت شود.

بنابراین، ممکن است نتیجه‌گیری شود که عقد تا زمان تحویل نتیجهٔ کار تمام نیست و تا این لحظه جاعل می‌تواند آن را بر هم زند. ولی قانون مدنی این نتیجه را نپذیرفته است و انجام کار را سبب لزوم عقد از جانب جاعل دانسته است. چنان که مادهٔ ۵۶۵ مقرر می‌دارد: «**جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هریک از طرفین می‌توانند رجوع کنند**».

۳۰۴. انجام دادن کار پیش از آگاه شدن از التزام :

فرض مسأله این است که ایجاب جعاله برای عموم بشود وکسی پیش از آگاه شدن از مفاد التزام کار مورد درخواست را انجام دهد. برای مثال، پدری برای یافتن فرزند گمشدهٔ خود جایزه تعیین می‌کند و رهگذری از روی اتفاق به کودک بر می‌خورد و همین که در پی یافتن سرپرست او بر می‌آید، از پیشنهاد پدر طفل آگاه می‌شود. پرسش اصلی این است که، اگر این شخص کودکی را که یافته است به پدر تحویل دهد، آیا استحقاق گرفتن جایزه را دارد یا می‌تواند اجرت‌المثل کار خود را بگیرد یا هیچ حقی بر پدر ندارد؟

قانون مدنی ما در این باب حکمی ندارد ولی، بر این مبنا که جعاله در حقوق ما در زمرهٔ قراردادها است، باید گفت در هر مورد که بتوان توافق صریح یا ضمنی را بین دو طرف احراز کرد، جاعل بنا بر مفاد پیشنهاد خود ملتزم به دادن اجرت است. برعکس، در مواردی که التزام جاعل را با هیچ تعبیری نتوان بر توافق آن دو استوار ساخت، عامل استحقاق گرفتن اجرت‌المثل کار خود را دارد، زیرا عادلانه نیست که جاعل بتواند از حاصل کار دیگری بدون سبب مشروع استفاده ببرد (مستفاد از روح مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ و ۳۰۱ ق.م.)، مگر این که عامل قصد تبرّع داشته باشد[1].

۳۰۵. زمان استحقاق اجرت :

در جعاله، التزام جاعل در برابر انجام دادن کار معین است. برخلاف آنچه در اجارهٔ

۱. رک. ش ۲۸۵.

اشخاص گفته شد، در این عقد نه منفعتی به جاعل تملیک می‌شود و نه حق انتفاعی می‌یابد؛ دو طرف پیمانی می‌بندند که به موجب آن جاعل در برابر حصول نتیجهٔ موردنظر خود ملتزم به دادن مالی می‌شود. به همین جهت است که می‌گویند، در جعاله عقد سبب ایجاد دین نیست؛ سبب را به وجود می‌آورد، یعنی به دلیل همین توافق است که انجام دادن کار سبب ایجاد التزام برای جاعل می‌شود.

نتیجهٔ منطقی تفاوت بین اجاره و جعاله این است که، در عقد اجاره، چون مستأجر در نتیجهٔ عقد پیش از انجام دادن کار مالک منافع یا حق انتفاع از اجیر می‌شود، در برابر حقی که به دست آورده است در برابر اجیر مدیون به اجرت نیز می‌گردد. ولی در جعاله، که هیچ حقی برای جاعل به وجود نمی‌آید و تنها قرارگذارده می‌شود که زمینهٔ تعهد اصلی را فراهم می‌سازد، التزام تحقق نمی‌یابد و عامل فقط در برابر انجام دادن کار حق پیدا می‌کند؛ چنان که مادهٔ ۵۶۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «**عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.**»

بنابراین، اگر اجرت عین معین باشد، از این تاریخ به عامل منتقل می‌شود و در نتیجه سنافع زمان عقد تا تاریخ انجام کار از آن جاعل است نه عامل.

در تعیین متعلق جعاله و در نتیجه تمیز تاریخ استحقاق جعل، باید به مفاد عرفی پیشنهاد جاعل رجوع کرد: به عنوان مثال، اگر اجرت برای تسلیم مال گمشده یا رساندن و تحویل کالایی به مقصد معین باشد، پیش از تسلیم کالا التزام جاعل تحقق نمی‌یابد و حقی برای عامل ایجاد نمی‌شود. ولی، جایی که نتیجهٔ مورد نظر انجام دادن کاری باشد، پایان کار تاریخ استحقاق است، هرچند که مطالبهٔ این حق موجود منوط به تسلیم باشد.

عقد شرکت

۳۰۶. تقسیم مطالب:

شرکت به معنی خاص خود در قانون مدنی (اشاعه) و عقد مبنای آن و تراضی شرکا در ادارهٔ شرکت را ضمن پنج فصل مورد بحث قرار می‌دهیم:

فصل اول: مفهوم شرکت، که در آن از ماهیت اشاعه و عقد مبنای آن سخن می‌گوئیم؛

فصل دوم: اختصاص به اقسام شرکت دارد؛

فصل سوم: حاوی مسائل مربوط به ادارهٔ شرکت و آثار اذن شرکاء است؛

فصل چهارم: مربوط به انحلال شرکت و اسباب آن است؛

فصل پنجم: قواعد مربوط به تقسیم اموال مشاع است، که به پیروی از قانون مدنی، در بخش ناظر به عقد شرکت مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

فصل اول

مفهوم شرکت

مبحث اول ـ اشاعه

۳۰۷. ماهیت شرکت:

برای تحقق شرکت، ضروری است که دو یا چند حق مالکیت با هم درآمیزد. هدف این آمیزش رسیدن به یگانگی است. شکل تحول یافته و کامل شرکت در حقوق کنونی صورتی است که در آن مالکیت‌های جزء اصالت خود را از دست می‌دهد و در یک مالکیت جمعی و مشترک ادغام می‌شود؛ اجتماع مالکیت‌ها وجودی جداگانه می‌یابد که از آن به «شخصیت حقوقی» تعبیر می‌کنند. برای مثال، اگر چند نفر سرمایه‌ای به منظور تجارت فرش در این اجتماع گذارند، خواه نوع آورده‌ها یکسان یا گوناگون باشد، پس از تحقق شرکت، مالکیت خصوصی هرکدام نسبت به آوردهٔ خود از بین می‌رود. همه چیز به شخصیت ساختهٔ این جمع تعلق می‌یابد و مالکان جزء در عوض آنچه به میان نهاده‌اند شریک در سود و زیان سرمایه «شرکت» می‌شوند. شرکت‌های تجارتی در حقوق ما از این گونه‌اند.

ولی گاه اتحاد مالکیت‌ها به کمال نمی‌رسد. به حالت اجتماع در می‌آید، بی‌آنکه اصالت هرکدام از بین برود. شرط ایجاد شرکت، مزج و آمیختگی حقوق چند مالک در

هر جزء از مال مشترک و انتشار هر حق در مجموع اجزاء است. این حالت اجتماع و امتزاج را اشاعه می‌نامند.

در حالت «اشاعه» که مرحلهٔ ناقص و تکامل نیافتهٔ اتحاد مالکیت‌ها است، مالکیت هریک از شریکان اصالت خود را از دست نمی‌دهد و در مالکیت جمعی منحل نمی‌شود؛ منتها، در عالم خارج آمیخته با حق دیگران است، به گونه‌ای که در هر جزء وجود دارد، بی‌آنکه بتوان مصداق مستقل و جداگانه‌ای برای آن معین کرد. برای مثال، دو برادری که خانهٔ پدر را به میراث برده‌اند، در هر آجر و هر ذره از خاک آن حق مالکیت برابر دارند، ولی بر هیچ بخشی نیز نمی‌توانند ادعای مالکیت مستقل داشته باشند. به همین جهت است که می‌گویند، هیچ یک از مالکان مشاع بدون اذن دیگران حق تصرف در مال مشترک را ندارد (مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م.) چرا که در حق دیگران نیز تصرف می‌کند.

با این ترتیب، اشاعه را نباید با اجتماع سادهٔ حقوق مالکان در یک مال اشتباه کرد: برای مثال، اگر شخصی مالک عرصهٔ خانه و دیگری صاحب اعیان موجود در آن باشد، حقوق دو مالک در مصداق خانه جمع است، بدون اینکه بین آن دو حالت اشاعه باشد.

همچنین، در موردی که حقوق اشخاص متعدد در مالی جمع می‌شود و هرکدام بدل دیگری قرار می‌گیرد، مانند حقوق فقرا بر مالی که وصیت به درماندگان شده است، نباید سخن از شیاع در مالکیت به میان آورد، به ویژه که هیچ‌کدام پیش از تعیین حصه و تسلیم به او مالکیت محققی ندارد.

بنابراین، شرکت از اجتماع حقوق مالکان ایجاد می‌شود، خواه این اجتماع به اتحاد انجامد و شخصیت حقوقی یابد یا به طور اشاعه در یک مال باقی بماند.

۳۰۸. تعریف قانون مدنی:

در مادهٔ ۵۷۱ ق.م. آمده است که: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». مفاد این ماده از فقه گرفته شده است و در آن به ماهیت شرکت توجه شده نه به اسباب آن.

اشاعهٔ در مالکیت جوهر شرکت است و اسباب ایجاد آن می‌تواند اختیاری و ناشی از ارادهٔ شریکان باشد یا قهری (مادهٔ ۵۷۲ همان قانون) و به همین اعتبار قسم نخست را «اختیاری» و دوم را «قهری» می‌نامند.

آنچه در هر دو قسم ضروری به نظر می‌رسد «امتزاج» موضوع حقوق شریکان است به گونه‌ای که تمیز ملک هریک از دیگری نباشد، خواه سبب آن عقدی از عقود معین باشد (مانند اینکه مالکی نیمی از مالکیت خود را به دیگری بفروشد یا صلح کند یا ببخشد)، یا تملک مالی به طور اشاعه در برابر کاری،یا حیازت مشترک، یا مزج اختیاری دو مالی که قابلیت اختلاط را به صورتی غیرقابل تمیز داشته باشد، یا مزج قهری این دو مال، یا تقسیم مالکیت مال در نتیجهٔ ارث... و مانند اینها (مواد ۵۷۲ و ۵۷۳ ق.م.). موضوع شرکت نیز ممکن است عین باشد یا منفعت یا حق.

ولی، آنچه بی‌پاسخ باقی مانده این پرسش است که، آیا عقد معینی به نام شرکت وجود دارد یا سبب خاصی برای آن نمی‌توان در نظر گرفت؟ اگر عقد معینی بدین نام وجود ندارد، چرا شرکت در زمرهٔ عقود معین آمده است، در حالی که می‌توانست فصلی از مالکیت را زیر عنوان اشاعه به خود اختصاص دهد؟

برعکس، اگر عقدی هست که بتواند اشاعهٔ در مالکیت‌ها را تأمین کند، چرا در قانون مدنی از تعریف و شرایط و آثار آن سخنی نرفته است؟

وجود این پرسش‌ها است که ما را نیازمند به تحقیقی فراتر از متون قانونی می‌کند تا اضطراب و ابهامی که در کار نویسندگان قانون وجود دارد از بین برود.

مبحث دوم: عقد شرکت

۳۰۹. آیا عقدی به نام شرکت وجود دارد؟

گفته شد که تعریف مادهٔ ۵۷۱ ق.م از فقه گرفته شده است: در فقه امامیه، نسبت به وجود عقد شرکت و موضوع و آثار آن دو نظر اصلی وجود دارد:

۱. جمعی از مؤلفان منکر وجود عقد شرکت شده‌اند، بدین تعبیر که شرکت نتیجهٔ امتزاج و اشاعه در مالکیت است و این نتیجه ممکن است در اثر یکی از عقود معین یا به طور قهری به دست آید.

اختیار تصرف در مال مشترک نیز با اذن مالکان ایجاد می‌شود و نیازی به عقد ندارد. درست است که هیچ‌یک از شریکان پای‌بند به وضع اشاعه نیست و می‌تواند تقسیم مال و تعیین حصهٔ خاص خود را بخواهد، ولی این حکم را نباید به جایز بودن عقد شرکت تعبیر کرد[1].

۲. بعض از متأخران برای عقد شرکت اصالت قائل شده‌اند. اینان، عقد شرکت را در ایجاد اشاعه مؤثر دانستند و آن را در کنار بیع و صلح و معاوضه در زمرهٔ عقود معین شمردند: از جمله صاحب جواهر اعلام کرد که مزج قهری در واقع باعث ایجاد ملکیت مشاع نمی‌شود و، به دلیل وقوع اشتباه در اجزای مال ممزوج، قانونگذار شرکت ظاهری مالکان را مقرر می‌دارد و نوعی صلح قهری را بین آنان مفروض قرار می‌دهد. عقد شرکت این اشاعهٔ ظاهری را به ملکیت مشاع واقعی تبدیل می‌کند یا دست‌کم جزئی از

۱. مقدس اردبیلی، شرح ارشاد، کتاب شرکت ـ شیخ یوسف بحرانی، حدائق‌الناضره.

سبب شرکت قرار می‌گیرد[۱].

نویسندهٔ عروه‌الوثقی نیز بر مبنای همین تحلیل، امتزاج اموال موضوع شرکت را ضروری نمی‌بیند[۲] و از این پس گاه «تشریک» یا عقد تشریک در شمار اسباب شرکت در بعض کتاب‌های فقهی دیده می‌شود[۳].

با این ترتیب، احساس می‌شود که در فقه امامیه تحول آرامی به سوی استقلال اثر عقد شرکت در جریان است، ولی هنوز هم عقیدهٔ مشهور بر این است که پایهٔ شرکت را امتزاج دو مال تشکیل می‌دهد.

ظاهر قانون مدنی نیز همین نظر را می‌رساند، به ویژه که در آن از عقد شرکت به عنوان سبب اشاعه نامی برده نشده است. غالب نویسندگان حقوق مدنی نیز به همین راه رفته‌اند و تنها از شرکت عقدی که وسیلهٔ اداره و تصرف در مال مشترک است یاد می‌کنند[۴]. فقط مرحوم مصطفی عدل، با تحلیلی که از عقاید علما و مواد قانون مدنی می‌کند، با تردید نتیجه می‌گیرد که عقد شرکت به منظور ایجاد اشاعهٔ در مالکیت چند مال نفوذ حقوقی دارد[۵].

به نظر می‌رسد که باید این عقیده را تأیید و تقویت کرد. زیرا، بی‌گمان به وسیلهٔ یکی از عقود تملیکی، مانند بیع و هبه و صلح، می‌توان مالکیت چند تن را که مایل به شرکت با یکدیگرند تبدیل به مالکیت مشاع در مجموع اموال کرد، بدون اینکه نیاز به امتزاج آنها باشد: برای مثال، اگر سه مالک که اولی قطعه زمینی دارد و دومی تراکتوری و سومی بذر و کود بخواهند شرکتی تشکیل دهند، کافی است که هر کدام یک سوم مشاع از مال خود را به هر کدام از دو شریک انتقال دهد. پس تراضی آنان برای تبدیل مالکیت فردی و مستقل هر کدام به مالکیت مشاع در مجموع اموال شرکت کافی است.

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۹۸.
۲. عروه‌الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۰ و ۲۸۲.
۳. در نوشته‌های متقدمان فقهاء سخن از اثر مستقل عقد شرکت در ایجاد اشاعه رفته (ابن جنید، منقول از مختلف علامه، جواهر، ج ۲۶، ص ۲۸۹) ولی این گونه نظرها مهجور و مورد انتقاد مانده است.
۴. محمد بروجردی، ص ۳۳۲ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۳۷.
۵. مصطفی عدل، حقوق مدنی، شمارهٔ ۶۳۱.

از سوی دیگر، بر مبنای مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، نفوذ تراضی اشخاص ناشی از اراده‌ها است نه قالب‌ها، یعنی آنچه راکه اطراف عقد بخواهند، اگر مخالف صریح قانون نباشد، به وقوع می‌پیوندد و نیازی به انتخاب قالب خاص و تشریفات معین نیست.

اکنون، با جمع این دو مقدمه، باید پرسید: امری که به وسیلهٔ بیع و هبه و صلح تحقق می‌پذیرد، چرا با عقد شرکت قابل وقوع نیست؟ اگر مقصود اطراف عقد این باشد که اتحادی به وجود آورند و مالکیت خاص خود را با سهم مشاعی از مالکیت یکدیگر مبادله کنند، چه مانعی برای نفوذ این خواست مشترک وجود دارد؟ آیا در تقسیم مال مشاع عکس همین مبادله انجام نمی‌پذیرد و مال مشاع به مالکیت خاص و معین تبدیل نمی‌شود؟

به ویژه، که این تعبیر، اگر با نظر مشهور مخالف باشد، در میان فقها نیز طرفدارانی دارد و چه از نظر تاریخی و چه از لحاظ رفع نیازمندی‌های زمان، با روح قانون مدنی موافق است.

۳۱۰. تعریف این عقد:

اتحادی که میان مالکان، در باب ایجاد اشاعهٔ حقوق خود به وجود می‌آید، بی‌هدف نیست. برای این است که اموال به شیوهٔ خاص و به وسیلهٔ اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از این اقدام بین شریکان تقسیم گردد. بنابراین، هدف عقد شرکت نیز باید در تعریف آن جای شایسته‌ای داشته باشد و همین نکته است که به عقد معنی می‌دهد و آن را از اشاعهٔ ساده جدا می‌سازد.

به طور معمول، شریکان یک هدف مادی و مالی را دنبال می‌کنند که می‌توان به تقسیم سود و زیان ناشی از ادارهٔ مشترک تعبیر کرد. ولی، هیچ مانعی ندارد که هدف از تشکیل شرکت جنبهٔ اخلاقی و اجتماعی نیز داشته باشد: مانند کمک به درماندگان و تشویق دانشمندان و محققان و اشاعهٔ ورزش بین جوانان، که در اصطلاح حقوق کنونی چنین اتحادی «انجمن» نامیده می‌شود.

بنابراین، در تعریف شرکت می‌توان گفت: «عقدی است که به موجب آن دو یا چند

شخص، به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر، حقوق خود را در میان می‌نهند تا بجای آن مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند.»

ارکان این تعریف را، که از مجموع مباحث گذشته استخراج شده است، بدین شرح می‌توان تحلیل کرد:

۱. هریک از شریکان باید مالی را به عنوان آوردهٔ خود در این اجتماع بگذارد. این مال ممکن است مبلغی پول یا خدمت باشد، ولی در اقسام شرکت خواهیم دید که در نظام قانون مدنی، به پیروی از فقه امامیه، موضوع شرکت باید حق مالکیت باشد و دو نفر نمی‌توانند بر مبنای شرکت در خدمات یا اعتبار خود پیمان بندند.

هیچ مانعی ندارد که مالکیت معنوی، مانند حق اختراع و نام تجارتی و سرقفلی، موضوع شرکت قرار گیرد. همچنین، به نظر می‌رسد که آوردهٔ یکی از شریکان می‌تواند خدمت یا اعتبار او باشد، مشروط بر اینکه مبنای حق مالکیت مشاع بر مالی قرار گیرد: برای مثال، اگر صنعتگری با مالک سرائی پیمان شرکت ببندند که، در برابر خدمات صنعتگر ظرف ۲۰ سال، او مالک نیمی مشاع از سرا شود و سود و زیان کارگاهی که برپا می‌شود به نسبت این مالکیت تقسیم گردد، این پیمان نافذ است.

۲. اموال شرکت باید به طور مشاع به ملکیت همهٔ شریکان درآید: برای مثال، اگر شریکی ماشین‌های صنعتی و دیگری زمین و سومی مقداری پول در میان گذارد، باید تراضی بر این مبنا باشد که هریک سهم مشاعی از ماشین‌ها و زمین و پول را دارا شود، وگرنه شرکت تحقق نمی‌یابد (مادهٔ ۵۷۱ ق.م.).

۳. سود و زیان به تناسب سهم شریکان در مال مشاع تقسیم می‌شود، ولی مانعی ندارد که آنان به گونه‌ای دیگر تراضی کنند و سهم شریکی را از سود فزون‌تر سازند یا از سهم او در زیان بکاهند. این شرط، در جایی که شریک ممتاز کار اضافی انجام می‌دهد، بی‌تردید نافذ است. ولی، جایی هم که در برابر کاری قرار نمی‌گیرد، باید آن را نافذ شمرد. زیرا، در قانون مدنی به بطلان چنین شرطی تصریح نشده است و آنچه دربارهٔ دلیل بطلان شرط گفته‌اند (مانند اینکه در برابر آن مالی وجود ندارد تا تجارت بر آن صدق کند) کافی به نظر می‌رسد.

۳۱۱. شخصیت حقوقی شرکت:

شرکتی که بر مبنای مالکیت‌های مشاع تشکیل می‌شود شخصیت حقوقی ندارد، زیرا فرض بر این است که اموال شریکان به خود آنان تعلق دارد و سود و زیان ناشی از ادارهٔ مال مشاع به ایشان می‌رسد. شریکانی که از سوی دیگران اذن در تصرف یافته‌اند، نمایندهٔ آنانند و هرچه می‌کنند به نام و حساب مالکان مشاع است.

این قاعده، در مورد شرکت‌هایی که به کار تجارت نمی‌پردازند به طور کامل اجرا می‌شود و بر همین مبنا شرکت را «مدنی» می‌نامند: مانند شرکت صاحب زمین و بذر و کود با مالک آب و ماشین‌های کشاورزی برای کشت و زرع، یا شرکت مالک زمین و صاحب مصالح ساختمانی برای تهیهٔ مسکن شریکان. ولی، جایی که موضوع و هدف شرکت دست زدن به اعمال تجارتی، مانند تحصیل یا خرید گندم و میوه به قصد فروش و دلالی و صرافی و بانکداری و عملیات بیمه و مانند اینها است (مادهٔ ۲ قانون تجارت)، جامعه با شرکتی روبرو می‌شود که به شیوهٔ مدنی و بدون سازمان‌های منظم اداری تشکیل شده است و به کار تجارت می‌پردازد. اگر چنین نهادی به حال خود واگذار شود و تنها ارادهٔ مالکان شریک بر آن حکومت کند، به کار تجارت و حکمت قواعد حاکم بر شرکت‌های تجارتی اخلال می‌شود. از سوی دیگر، در مقام رعایت مصالح و دفع مفاسد، نمی‌توان به گروهی از مالکان که حقوق خویش را در هم آمیخته‌اند، بدون دخالت قانونگذار، شخصیت حقوقی اعطا کرد و شریکان را از مالکیت خصوصی محروم ساخت.

این است که مادهٔ ۲۲۰ قانون تجارت در این باره اعلام می‌کند: «هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل می‌شود و با اشتغال به امور تجارتی خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون درنیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل نماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجراء می‌گردد...». بدین ترتیب، شرکتی که بر مبنای اشاعهٔ در مالکیت به کار تجارتی می‌پردازد، در حکم «شرکت تضامنی» است.

معنی حکم قانونگذار این است که شرکت شخصیت حقوقی می‌یابد و در زمرهٔ بازرگانان درمی‌آید؛ اشاعهٔ در مالکیت از بین می‌رود و همهٔ آورده‌ها در حکم اموال شرکت است؛ هر شریک ضامن پرداخت همهٔ دیون شرکت است؛ قرارداد شرکت تابع احکام قانون تجارت است و انحلال آن تنها با شرایط معین (مادهٔ ۱۳۶ ق.ت.) امکان دارد؛ شرکت، مانند سایر بازرگانان، در صورت توقف در تأدیهٔ بدهی‌های خود، ورشکسته محسوب می‌شود... و مانند اینها.

با این وصف، قلمرو حکومت قانون مدنی بسیار محدود می‌شود و به شرکت‌های مدنی اختصاص می‌یابد. زیرا، اگر از موارد مزج قهری و تملک مالی به طور مشاع از راه ارث یا حیازت یا دستمزد کار مشترک بگذریم، عقد شرکت در غالب موارد به منظور انجام عمل تجارتی منعقد می‌شود و خود به خود آثار پیمان را در قلمرو حقوق تجارت قرار می‌دهد. از سوی دیگر، مقررات قانون مدنی در باب احکام اشاعه و تقسیم مال مشترک، به عنوان قاعدهٔ عام در شرکت‌ها، رعایت نمی‌شود، چرا که شرکت تجارتی تغییر ماهیت می‌دهد و نهادی که به وجود می‌آید از حکومت قانون مدنی می‌گریزد.

۳۱۲. اوصاف عقد شرکت:

عقد شرکت، به معنایی که گفته شد، دارای اوصافی است که از دید حقوقدانان ما پنهان مانده و بایستی مورد توجه قرار گیرد:

۱. **عقدی است معوض**: زیرا، در نتیجهٔ تراضی شریکان، حقی که به عنوان آورده در میان گذاشته شده است، با مالکیت مشاع همهٔ اموال مبادله می‌شود. بیگمان، اگر اثر عقد شرکت محدود به امکان تصرف و شیوهٔ اداره در مال مشترک شود، دیگر نمی‌توان آن را معوض نامید و باید عقد را در زمرهٔ «عقود اذنی» آورد و مانند وکالت جایز شمرد.

۲. **عقدی است تملیکی**: جز در مورد مزج اختیاری اموالی که تمیز آنها ممکن نیست، فقیهان ایجاد شرکت (اشاعه در مالکیت) را بحق منوط بر این ساخته‌اند که به وسیلهٔ عقد تملیکی (مانند بیع و هبه و صلح) هر شریک سهم مشاع از ملک خود را به دیگران تملیک کند. پس، اگر عقد شرکت بتواند چنین اثری از خود بگذارد، باید آن را تملیکی نامید.

۳. عقدی است رضایی: نظر مشهور در بین محققانی که عقد شرکت را در زمرهٔ اسباب ایجاد آن آورده‌اند این است که استزاج اموال موضوع شرکت (به گونه‌ای غیرقابل تمیز) برای تحقق اشاعه ضرورت دارد[1]. ولی، از لحاظ قانون مدنی، باید نظری را پذیرفت که استزاج یا تملیک سهم مشاع اموال را به وسیلهٔ عقود دیگر لازم نمی‌دانند. زیرا، این شرطی است که مانند اثر قبض جنبهٔ استثنایی دارد و باید مورد تصریح قرار گیرد و در صورت سکوت قانونگذار اصل این است که اثر هر عقد با تراضی به وجود می‌آید.

۴. عقدی است مستمر: درست است که اشاعه یکباره واقع می‌شود، لیکن حقوق و تعهدات شریکان در برابر یکدیگر ادامه می‌یابد و تا زمان انحلال شرکت باقی می‌ماند.

۵. عقد شرکت اختلاطی است از یک مبادله، که سبب اشاعه در ملکیت می‌شود، و اعطای نیابت در تصرف. چهرهٔ دوم بی‌گمان جایز است، زیرا وکالت را می‌توان فسخ کرد و از اذن در تصرف رجوع نمود. فوت و حجر یکی از شریکان نیز عقد را منحل می‌سازد. ولی، چهرهٔ نخست به طور قاطع حقوق جدیدی به وجود می‌آورد که، به اقتضای ماهیت خویش، با ارادهٔ یکی از اطراف عقد از بین نمی‌رود. پس، برخلاف نظر کسانی که عقد شرکت را به طور مطلق جایز شمرده‌اند[2]، باید آن را در زمینهٔ ایجاد اشاعه لازم شمرد.

معنی لزوم این است که شریک در مال نمی‌تواند اشاعه را برهم زند و آوردهٔ نخستین خود را مطالبه کند. ولی، در هر حال بر مبنای قواعد حاکم بر مالکیت مشاع: «هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، مگر در موردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند» (مادهٔ ۵۸۹ ق.م.). امکان این درخواست منافاتی با لزوم عقد شرکت (ایجاد اشاعه) ندارد، بلکه از آثار وضع جدیدی است که مالکان به وجود آورده‌اند[3].

ممکن است ایراد شود که چگونه می‌توان عقد شرکت را به دو تراضی تجزیه کرد: یکی را جایز و دیگری را لازم شمرد؟ ولی، پاسخ این است که عقد شرکت به معنی

---

۱. سید کاظم طباطبایی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۲.
۲. ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۱۸ و ۱۹.
۳. در تأیید این نظر و با تفاوت در تحلیل، رجوع شود به: جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۳۰۶ و ۳۰۷ ـ عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۴ ـ و از نویسندگان حقوق مدنی: دکتر امامی، ج ۲، ص ۱۳۸.

خاص تراضی در ایجاد اشاعه در مالکیت است و توکیل در تصرف و اداره و تقسیم سود و زیان عقد فرعی است که به آن ضمیمه می‌شود، بدون اینکه با عقد اصلی ترکیب گردد. بنابراین، هیچ مانعی ندارد که هر کدام از این دو عقد آثار و طبیعت خاص خود را حفظ کند؛ یکی جایز باشد و دیگری لازم[۱].

۱. فقها عقد مضاربه را، که با شرکت شباهت زیاد دارد و حتی به عقیدهٔ بعضی نوعی از شرکت است، مخلوط از چند عقد می‌دانند (ش ۵۵).

فصل دوم

اقسام شرکت

۳۱۳. مبنای تقسیم:

شرکت‌ها را از دو دیدگاه می‌توان تقسیم کرد:

۱. بر مبنای موضوع شرکت، بدین معنی که به‌کار تجارت می‌پردازد یا به اقدام دیگری که در قلمرو حقوق مدنی قرار می‌گیرد. بر این مبنا، شرکت‌ها را به دو گروه «مدنی» و «تجارتی» تقسیم کرده‌اند.

۲. برحسب نوع و ترکیب آورده‌ها: بدین ترتیب که آنچه در میان گذارده‌اند، اعیان اموال است یا خدمات و اعتبارات و منافع.

مبحث اول: شرکت‌های مدنی و تجارتی

۳۱۴. معیار تمیز:

در قوانین ما معیاری نیامده است که بتوان شرکت‌های مدنی و تجارتی را با استفادهٔ آن از هم بازشناخت. ولی، منطقی است که ضابطهٔ تمیز تاجر از غیرتاجر در این تشخیص نیز رعایت شود. به موجب مادهٔ ۱ قانون تجارت: «تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجارتی قرار بدهد». پس، شرکتی را باید تجارتی نامید که بر طبق معمول به کارهای بازرگانی می‌پردازد. به بیان دیگر، شرکتی که بر پایهٔ اساسنامه یا قرارداد شرکت، به اعمالی می‌پردازد که وصف تجارتی دارد، در حقوق ما شرکت تجارتی است، خواه به ثبت رسیده و سازمان‌های قانونی را دارا باشد یا در عمل به کار تجارت بپردازد. برعکس، شرکتی که موضوع کار خود را کارهای مدنی قرار می‌دهد، مانند شرکت‌های معدنی و زراعتی، وصف «مدنی» دارد.

با وجود این، پذیرفتن «موضوع شرکت» به عنوان قاعدهٔ تمیز شرکت‌های تجارتی منافاتی با این واقعیت ندارد که گاه قانونگذار شکل شرکت را ضابطهٔ تمیز وصف تجارتی آن قرار دهد و به موضوع و هدف شرکت اعتنا نکند؛ چنان که مادهٔ ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها، مصوب اسفند ۱۳۴۳، شرکت‌های ساختمانی را تجارتی دانسته است. در این ماده گفته شده است: «انواع شرکت‌های موضوع مادهٔ ۲۰ قانون تجارت که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به کارهای ساختمانی ممنوعند».

در مادهٔ ۲ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۲۴ اسفند ۱۳۴۷ نیز با صراحت بیشتر آمده است: «شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود، ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد»: یعنی، کافی است شرکتی صورت شرکت‌های سهامی را پیدا کند تا شرکت تجارتی محسوب شود. این گونه احکام هنوز جنبهٔ استثنایی و خاص دارد، ولی تمایل قانونگذار را به ترک معیار سنتی نشان می‌دهد و در این سیر تحولی می‌توان پیش بینی کرد که یا صورت تشکیل و سازمان‌های شرکت را معیار وصف تجارتی قرار دهد یا شکل و موضوع هر دو را در تمیز شرکت‌های تجارتی مؤثر بداند.

۳۱۵. فواید این تمیز:

احکام شرکت‌های مدنی و تجارتی متفاوت است: شرکت مدنی اتحادی است که نظم خاص در قوانین ندارد و به تراضی می‌توان اموال مشترک را به دلخواه اداره کرد یا مبنای شرکت را برهم زد. قانونگذار، در این اجتماع کوچک و به طور معمول دوستانه و خانوادگی، بیشتر به روابط شریکان با هم می‌پردازد تا به رابطهٔ آنان با اشخاص ثالث. اتحاد شریکان شخصیتی به وجود نمی‌آورد و جمع آنان اصالتی ندارد و تنها سخن از حقوق و تکالیف هر شریک در برابر سایر همکاران او است. ولی، در شرکت‌های تجارتی، احکام از مرز تابعیت از قصد مشترک و رعایت حکومت اراده فراتر می‌رود. وجود شریک در پرتو وجود جمع قرار می‌گیرد و رابطهٔ آنان به قرار خصوصی بین اشخاص کمتر شباهت دارد. سازمان حقوقی منظمی به وجود می‌آید که از آن پس سود و زیان جمع را رعایت می‌کند و هدف این جمع بر حقوق اشخاص حکومت دارد. قانونگذار نیز به نقش این سازمان در جهان اقتصاد توجه دارد و فارغ از خواست بنیانگذاران شرکت آن را در بازرسی خود می‌گیرد[1]، تا جایی که اساسنامه نیز ممکن است به اکثریت تغییر یابد و به اقلیت تحمیل شود.

۱. ریپر ورویلو، همان کتاب، شمارهٔ ۶۷۷۷ (نظریهٔ سازمان حقوقی در شرکت‌ها).

مسؤولیت شریکان، ورشکستگی، لزوم اعلان اساسنامه و ثبت آن، اختیار مدیران و تشکیلات بازرسی و ایجاد یک قوهٔ قانونگذاری برای اداره و بسیاری احکام دیگر، از ویژگی‌های شرکت‌های تجارتی است که در شرکت‌های مدنی وجود ندارد. ولی، آنچه بیشتر اهمیت دارد و باید مورد توجه واقع شود، وجود شخصیت حقوقی شرکت‌های تجارتی است.

چنان که گفته شد، وصف تجارتی شرکت‌ها اصولاً ناشی از موضوع و هدف آنها است. بنابراین، اگر شرکت مدنی بر مبنای اشاعه تشکیل شود و شغل معمولی خود را اجرای «اعمال تجارتی» قرار دهد، آن شرکت تجارتی است. مادهٔ ۲۲۰ قانون تجارت، در تأیید همین اصل مقرر می‌دارد: «هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجارتی خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون درنیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد...».

۳۱۶. مفهوم و قلمرو مادهٔ ۲۲۰ قانون تجارت :

دربارهٔ اجرای درست مادهٔ ۲۲۰ قانون حقوقدانان ما بحث زیادی نکرده‌اند، لیکن ممکن است یکی از این سه نظر نسبت به مفهوم و قلمرو قانون انتخاب شود:

۱ـ مفاد مادهٔ ۲۲۰ ناظر به موردی است که شریکان از مالکیت خصوصی خود بگذرند و مقصودشان این باشد که شخصیت حقوقی به وجود آید و مالک آورده‌ها شود. در این جا است که قانونگذار اتحاد آنان را تابع احکام شرکت تضامنی می‌کند و در واقع به ماده‌ای که خود ایجاد کرده‌اند صورت خارجی می‌دهد. ولی، در فرض شرکت مدنی، که بنابر توافق شریکان مالکیت مشاع هرکدام باقی است، قواعد شرکت تضامنی قابل اجرا به نظر نمی‌رسد. لازمهٔ اجرای قواعد شرکت تضامنی شناسایی شخصیت حقوقی و واگذاردن مالکیت شریکان به موجودی است که برخلاف تراضیِ مبنای تشکیل اتحاد آنان است، چرا که شریکان خواسته‌اند تا مالکیت خصوصی هریک در آسیزه‌ای که هست محفوظ بماند و به وسیلهٔ نمایندگان مالکان اداره شود، در حالی که شناسایی

شخصیت حقوقی به منزلهٔ سلب این مالکیت‌ها است.

۲. مادهٔ ۲۲۰ برای اجبار شریکان به رعایت یکی از صورت‌های شرکت تجارتی در قانون و تعیین ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف است و نباید امتیازی به وجود آورد یا مبنای تراضی را تغییر دهد. بنابراین، شرکت‌های مدنی که به کار تجارت می‌پردازد در رابطهٔ بین شریکان و در درون خود تابع قواعد اشاعه و احکام مدنی است، ولی در رابطهٔ با اشخاص ثالث در حکم شرکت تضامنی است: یعنی، هریک از شریکان مسئول تمام بدهی‌های ناشی ازکار تجارتی است. به بیان دیگر، از اتحاد شریکان شخصیت حقوقی به وجود نمی‌آید و فقط آنان ضامن یکدیگرند تا دیون کار تجارتی مشترک را بپردازند. مفهوم بخش اخیر مادهٔ ۱۱۶ ق.ت. که پس از اعلام مسؤولیت تضامنی شریکان در برابر طلبکاران، اعلام می‌کند: «هر قراری که بین شرکاء برخلاف این ترتیب داده شده باشد، در مقابل اشخاص ثالث کان لم یکن خواهد بود»، این تعبیر را تأییدمی کند.

۳. معنی مادهٔ ۲۲۰ این است که، هر شرکت به کار تجارت بپردازد، خود به خود شخصیت حقوقی پیدا می‌کند و اگر به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در قانون تجارت درنیامده باشد، در حکم شرکت تضامنی است: یعنی سنگین‌ترین مسؤولیت‌ها به دوش شریکان نهاده می‌شود.

تعبیر اخیر باعث می‌شودکه دوگانگی بین قواعد حاکم بر تاجر پیشه‌گان از بین برود و هر شخص که بدین شغل مبادرت می‌ورزد تابع نظامات خاص آن شود و اشخاص بی‌مبالات نتوانند، در نتیجهٔ بی‌انضباطی یا سوءنیت، از تکالیف ویژهٔ بازرگانان معاف گردند. به اضافه، با گسترش قلمرو شخصیت حقوقی، نوعی پیشرفت در مفاهیم اجتماعی تحقق می‌بخشد. لزوم تبدیل مالکیت مفروز به اشاعه (و به عقیده بعضی ضرورت امتزاج مالکیت‌ها) بدین منظور است که مالکیت مشترک جای اختصاص را بگیرد و اجتماع مالکان مفهومی جدای از شریکان پیدا کند. ولی بقای مالکیت هر شریک، هرچند به طور اشاعه و غیرقابل تمیز، هدف از این اتحاد و مستحیل شدن در جمع را ناقص می‌گذارد. شناسایی شخصیت حقوقی برای شرکت، این تحول را کامل می‌کند و هر شریک به طور کامل نفع و ضرر خود را در سود و زیان دیگران می‌بیند.

از همهٔ اینها گذشته، این تعبیر با عموم مادهٔ ۲۲۰، که از سویی تمام شرکت‌های ایرانی را شامل می‌شود (خواه مالکیت به طور اشاعه باشد یا غیر آن)، و از سوی دیگر تمام احکام شرکت‌های تضامنی را دربر می‌گیرد و محدود به مسؤولیت پرداخت دیون نمی‌شود، سازگارتر است. نخستین نتیجهٔ اجرای احکام شرکت‌های تضامنی این است که شرکت شخصیت حقوقی بیابد و تمام دیون شرکت را بتوان از هر شریک مطالبه کرد. رهایی از این نتیجه، با مفاد مادهٔ ۲۲۰ مخالف است و نوعی گرایش به سمت نظریه‌ای است که بموجب آن «لباس و شکل شرکت به آن شخصیت می‌دهد»، در حالی که مادهٔ ۲۲۰ درست برخلاف این منظور تدوین شده است.

مبحث دوم: اقسام شرکت‌ها برحسب نوع و ترکیب آورده‌ها

۳۱۷. شرکت عنان ـ شرکت در اموال:

شرکتی است که دو یا چند نفر در اموال دارند و به موجب پیمانی طرز اداره و تجارت با آن را معین می‌کنند، خواه مال مشترک پول باشد (مانند اینکه دو نفر هرکدام صد هزار ریال سرمایه گذارند و با آن معامله کنند و در سود و زیان شریک شوند) یا کالا، مشروط بر اینکه در اثر امتزاج یا قرارداد مالکیت هر کدام مشاع در سرمایه‌ها باشد.

بعض از محققان تنها شرکت در اعیان اموال را نافذ شمرده‌اند و شرکت در دیون (مانند اینکه دو طلبکار دین بدهکار را به خود مشترک قرار دهند) و منافع را درست نمی‌دانند، مگر اینکه به وسیلهٔ صلح منفعت دو مال را مشاع سازند (مانند اینکه هرکدام نصف از منافع ملک خود را به دیگری انتقال دهد)[1]. ولی قید «شرکت در اعیان» در نوشته‌های دیگران بدین‌گونه نیامده است[2]، و از نظر قانون مدنی نیز مانعی ندارد که شرکت عقدی در هر نوع مالی به وجود آید. زیرا، اشاعهٔ در مالکیت بر مبنای عقد شرکت نیز می‌تواند ایجاد شود و نیازی به امتزاج یا انعقاد صلح یا پیمان تملیکی دیگر ندارد.

۱. سید محمد کاظم طباطبایی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۲۸۰.

۲. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۹۸ ـ علامهٔ حلی، قواعد (مفتاح‌الکرامة، ج ۷، ص ۳۹۲)؛ تذکره، ج ۲، ص ۲۱۸ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۴۵۹ ـ و در فقه مالکی: ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۱۱۶.

در اینکه چه تناسبی بین این شرکت و کلمهٔ «عنان» به معنی لجام حیوانات مرکوب وجود دارد و از چه واژه‌ای مشتق شده است اختلاف وجود دارد: بعضی تناسب را در این یافته‌اند که شریکان نیز، مانند اسبانی که با عنان واحد رانده می‌شوند، در سود و زیان و تصرف با هم برابرند. بعض دیگر، در اینکه هر شریک می‌تواند مانع تصرف دیگری شود یا بدین لحاظ که هر شریک بدین وسیله خود را از تصرف ممنوع می‌دارد و اختیار را به دست دیگری می‌دهد... و مانند اینها[1]. ولی آنچه مسلم است اینکه شرکت عنان در زبان فارسی، و حتی میان حقوقدانان، اصطلاحی شناخته شده نیست[2].

۳۱۸. شرکت در ابدان یا شرکت در اعمال:

مقصود این است که دو یا چند نفر پیمان ببندند که به موجب آن هرچه از کار خود به دست می‌آورند با هم شریک باشند، خواه کار هر دو یکسان باشد (مانند دو خیاط یا نجاری که دربارهٔ عایدی کار خود شریک می‌شوند) یا مختلف (مانند شرکت خیاط و نجار)، و خواه مبنای شرکت کار معین باشد یا هرچه به دست می‌آورند (از صنعت یا حیازت مباحات و مانند اینها).

در فقه امامیه اختلافی در بطلان این شرکت وجود ندارد و، جز ابن جنید که به تعبیر بعضی شرکت در اعمال را مباح شمرده است، دیگران آن را در تمام صورت‌های خود بی‌اعتبار دانسته‌اند. دلیل بطلان در پاره‌ای متون بدین بیان توجیه شده است که، شرکت عقد شرعی است و نفوذ آن موقوف به اذن قانونگذار است. از این مبنا، اصل عدم شرکت استخراج می‌شود که هیچ دلیل قاطعی در مورد شرکت اعمال برخلاف آن وجود ندارد. وانگهی، از چنین شرکتی غرر عظیم برمی‌خیزد و معلوم نیست هر شریک در برابر کاری که می‌کند چه به دست می‌آورد.

از نظر قانون مدنی، هیچ دلیلی بر بطلان شرکت در اعمال وجود ندارد، مگر اینکه موضوع شرکت مجهول بماند و دو طرف عقد ندانند که در چه کارهایی با هم شرکت دارند. برای مثال، در موردی که شرکت در تمام عایدات دو شخص از کارهای گوناگونی که انجام می‌دهند مورد نظر

۱. تذکرهٔ علامه و جامع‌المقاصد، همان کتابها ـ جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۹۸: بعضی گفته‌اند از «معانه» بمعنی معاوضه گرفته شده است.

۲. در جلد دوم حقوق مدنی مرحوم دکتر امامی «شرکت اعیان» نوشته شده است.

است، این پیمان به دلیل مجهول ماندن آوردهٔ هر شریک و موضوع شرکت باطل است. ولی، در فرضی که کار معین به میان گذارده می‌شود تا ثمرهٔ آن تقسیم شود، برای حکم به بطلان آن محملی دیده نمی‌شود. زیرا، بر مبنای مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، نفوذ عقد شرکت نیاز به اذن خاص قانونگذار ندارد و همین که دلیلی بر منع آن نباشد کافی است. وانگهی، از احکام مربوط به مضاربه (مادهٔ ۵۴۶ ق.م.) و مزارعه و مساقات به خوبی برمی‌آید که سهم شریک می‌تواند کار او باشد و بخشی از درآمد شرکت به این کار اختصاص یابد. از اینها گذشته، اگر به وسیلهٔ عقد صلح امکان تملیک نیمی از منفعت هر شریک به دیگری می‌رود، این مبادله در عقد شرکت نیز امکان دارد.

با وجود این، هرچند اعتقاد به نفوذ این گونه شرکت‌ها که مورد نیاز عموم و عمل متعارف است با اصول مدنی و متون مذهبی مغایرت ندارد، با وجود اصل چهارم قانون اساسی، تحقق این فکر در حقوق کنونی دشوار است[1].

۳۱۹. شرکت وجوه یا اعتبارات:

در مفهوم و اقسام این شرکت اتفاق نظر وجود ندارد. آنچه مسلم است اینکه هر دو شریک یا یکی از آنها سرمایه‌ای در میان نمی‌گذارد و تنها اعتبار و وجاهت خود را در بین مردم و به ویژه بازرگانان به سود دیگری به کار می‌برد. معانی مختلفی برای شرکت در وجوه گفته شده[2] که مشهورترین مفهوم این است که دو شریک معتبر، بدون اینکه سرمایه‌ای داشته باشند یا در میان بگذارند، با هم پیمان می‌بندند که هرکدام اموالی را به طور نسیه بر ذمهٔ خود بخرد و این اموال از آن هر دو باشد، سپس کالاهای خریداری شده را بفروشند و بدهی‌های خود را از بابت ثمن بپردازند و آنچه به جا مانده سود هر دو باشد[3]. بدین ترتیب، شرکت وجوه نیز چهره‌ای از شرکت

۱. از مقدس اردبیلی در جواهر نقل شده (ج ۲۶، ص ۲۹۹) که دربارهٔ بطلان شرکت ابدان می‌نویسد: «ولا یظهر دلیل علی عدم الجواز سوی الاجماع، فان کان فهو، والا فلا مانع، فانه یرجع الی الوکالة فی بعض الامور و تملیک مال فی بعض الاخر، و بذل نفس و عمل فی مقابلة عوض ولا مانع منه فی العقل و الشرع».

۲. برای دیدن این معانی، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۳، ش ۱۵.

۳. علامهٔ حلی، تذکرة، ج ۲، ص ۲۱۹ ـ ابن قدامه، المغنی، ج ۵، شمارهٔ ۳۵۷۲، ص ۱۱ ـ شهید ثانی، ←

در اعمال را دارد، با این تفاوت که اعتبار هر عامل نیز جزء سرمایهٔ آوردهٔ او است و موضوع شرکت به خرید و فروش اختصاصی دارد نه صناعت. به بیان دیگر، شرکت وجوه مخلوطی است از شرکت اموال و اعمال.

فقهای امامیه، در عین حال که عقد شرکت را در ایجاد چنین اتحادی بی‌اثر و باطل می‌دانند، این نکته را می‌پذیرند که اگر هریک از دو شریک به دیگری دربارهٔ خرید و فروش وکالت دهد، آن‌چه او می‌خرد به طور مشاع متعلق به هر دو می‌شود و شرکت عنان تحقق می‌یابد.

از نظر قانون مدنی نیز دلیل قانع کننده‌ای برای بطلان این گونه شرکت‌ها وجود ندارد و جوهر نمایندگی در بسیاری از اقسام آن به چشم می‌خورد، خواه طرفین بر اعطای نیابت تصریح کنند یا سخنی نگویند. وانگهی، شباهت کامل بعضی از معانی با مضاربه و حق‌العمل کاری نیز خود مؤید نفوذ شرکت است.

۳۲۰. شرکت مفاوضه:

شرکت مفاوضه شرکتی است عام که شامل تمام فعالیت‌های اقتصادی و موقعیت‌های حقوقی می‌شود. مفاوضه نیز به دو معنی به کار می‌رود:

۱. شرکت در مجموع اموال و اعمال و اعتبارها، بدین ترتیب که دو یا چند نفر با هم در پاره‌ای اموال شریک می‌شوند و قرار می‌گذارند که در عایدات ناشی از فعالیت‌ها و داد و ستدهایی که به اعتبار و به طور نسیه انجام می‌دهند شریک باشند[1].

۲. پیمانی که به موجب آن دو یا چند نفر در تمام انواع عایدی‌ها و تملکات، خواه به وسیلهٔ میراث و وصیت و هبه باشد یا لقطه و حیازت مباحات و داد و ستدهای بازرگانی و جایزه، و در تمام ضررهایی که در نتیجهٔ تقصیر یا جرم یا اتفاقی قراردادها به آنان می‌رسد، با هم شریک شوند[2].

←

مسالک، ج ۱، ص ۲۷۵ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۴۵۹ ـ سید محمد کاظم طباطبایی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۱.

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۵، شمارهٔ ۳۵۹۴، ص ۲۲.

۲. ابن قدامه، همان کتاب ـ شیخ محمد حسن نجفی، همان کتاب ـ سید محمد کاظم طباطبایی، همان کتاب.

نفوذ شرکت مفاوضه به معنی نخست بستگی به تصمیمی دارد که دادرس دربارهٔ شرکت اعمال و وجوه می‌گیرد: اگر آن‌ها را معتبر داند، اختلاط آن دو با شرکت عنان نیز نفوذ حقوقی دارد. ولی، هرگاه آن دو را باطل شمارد، شرکت تنها در مورد اموال اثر دارد، مگر اینکه معلوم شود مجموعهٔ شرکت‌ها در نظر شریکان بوده است که در این صورت تمام قرارداد باطل است.

مفاوضه[1]، در معنای دوم که مشهورتر است، باعث می‌شود تا زندگی حقوقی و مالی دو نفر با هم مخلوط شود و در واقع شرکت در دو دارایی است. چنین شرکتی را، نه تنها فقیهان امامیه، بیشتر پیشوایان مذهبی عامه نیز به دلیل ایجاد غرر باطل شمرده‌اند و فقط ابوحنیفه و بعض دیگر آن را با قیود و شروطی می‌پذیرند.

از لحاظ قانون مدنی نیز، با وجود مادهٔ ۱۰ واصل نفوذ قراردادهای خصوصی، شرکت مفاوضه در این معنی نامشروع به نظر می‌رسد. زیرا، موضوع شرکت معلوم نیست و تنوع اسبابی که می‌تواند شخص را دارا یا متضرر کند چندان است که هنگام عقد نمی‌توان همه را در نظر آورد. به اضافه، نظم عمومی ایجاب می‌کند که شخص زیان‌های ناشی از جرائم و تقصیرهای عمدی را خود عهده‌دار باشد و دیگری نتواند از پیش ضامن آن گردد. از اینها گذشته، از قانون مدنی چنین برمی‌آید که هدف شرکت ایجاد همبستگی و اتحاد در اموال موجود و فعالیت‌های اقتصادی و صنعتی است. تحمل سود و زیان ناشی از شرکت نیز جنبهٔ تبعی دارد و نمی‌توان در سود و زیان‌های اتفاقی که اسبابی خارج از آن اتحاد دارد شریک شد. بنابراین، بحث تنها در شمول عقد شرکت و کاربرد آن در توافق‌هایی از این گونه نیست، بلکه ماهیت اتحاد دو دارایی (که به عقیدهٔ بسیاری از حقوقدانان از اوصاف شخصیت هر انسان است) چنان است که حتی به وسیلهٔ شروط ضمن عقود لازم دیگر نیز نمی‌توان به آن رسید.

۱. علامهٔ حلی تذکرة، ج ۲، ص ۲۱۹ ـ ابن قدامه، همان کتاب ـ سیواسی (ابن همان) و قاضی‌زاده، شرح فتح القدیر، ج ۵، ص ۵ ببعد ـ بعض از فقهای عامه، شرکت در غنائم و ارث و مانند اینها را «شرکت جبر» نامیده‌اند (شیخ محمد صاوی مالکی، بلغة السالک لاقرب المسالک، ج ۲، ص ۱۶۵). به نظر او شرکت بر شش قسم است: مفاوضه، عنان، جبر، عمل، ذمه‌ها، مضاربه ـ از فقهای امامیه، میرزا حسین نائینی در حاشیه بر عروةالوثقی (ج ۲، ص ۲۸۱) دربارهٔ شرکت وجوه و مفاوضه می‌نویسد: «و یمکن تصحیح ذلک کله بالاشتراط فی ضمن عقد لازم آخر».

فصل سوم

ادارهٔ شرکت

۳۲۱. حاکمیت ارادهٔ جمع :

بر طبق قواعد حاکم بر اشاعه، که بایستی در مالکیت به تفصیل از آن سخن گفت[۱]، هیچ‌یک از شرکا نمی‌تواند بدون اذن دیگران در مال مشاع تصرف کند، زیرا انتشار حق مالکیت شریکان در تمام اجزای مال مشاع باعث می‌شود تا هر تصرف تجاوز به حقوق دیگران باشد و بی‌اذن همهٔ مالکان میسر نگردد (مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م.).

تصرف شریکی که بدون اذن دیگران در مال مشاع تصرف می‌کند، نسبت به سهم دیگران فضولی و غیرنافذ است (مادهٔ ۵۸۱). به اضافه «شریک غیرمأذون در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسؤول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع به او دارند».

از سوی دیگر، چون شرکت دارای شخصیت حقوقی نیست و سازمانهای خاص تصمیم‌گیری در آن پیش‌بینی نشده است، نمی‌توان عقیدهٔ اکثریت را به عنوان نظر شرکت بر اقلیت تحمل کرد. پس، ناچار بایستی در ادارهٔ شرکت اتفاق نظر وجود داشته باشد و همین نقص بزرگ است که اموال مشاع را رو به خرابی می‌برد و ادارهٔ آن را مختل می‌سازد.

قانونگذار، به همان اندازه که از اختیار هر شریک در استفاده از مال مشترک می‌کاهد،

۱. رک. همین دورهٔ مقدماتی، اموال و مالکیت، ش ۱۳۷ به بعد.

حاکمیت ارادهٔ جمع را در این زمینه محترم می‌شمارد و در مادهٔ ۵۷۶ ق.م. اعلام می‌کند: «طرز ادارهٔ اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء خواهد بود». بدین ترتیب، شریکان می‌توانند، بدون اینکه مانعی در راه داشته باشند، مال مشترک را به دلخواه اداره کنند و، برای مثال، به یک یا چند نفر از میان خود اذن اداره و داد و ستد بدهند. در قانون مدنی، تشکیلات خاصی برای اداره معین نشده است، ولی قرارداد خصوصی می‌تواند جایگزین قانون شود و این نقص را جبران کند.

۳۲۲. وضع حقوقی شریک مأذون:

شریک مأذون، از لحاظ سمتی که در ادارهٔ مال مشترک می‌یابد، در حکم وکیل سایرین است. بنابراین، باید حدود اذن را رعایت کند و در اجرای نیابت خود غبطهٔ شریکان دیگر را در نظر داشته باشد. اگر اذن ناظر به ادارهٔ مال مشترک به طور مطلق باشد. شریک مأذون «می‌تواند هر عملی را که لازمهٔ اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسؤول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود، مگر در صورت تفریط یا تعدی» (مادهٔ ۵۷۷ ق.م.). تجاوز از حدود اذن، عمل حقوقی مدیر را تابع احکام فضولی می‌کند و او را در برابر طرف قرارداد مسؤول می‌سازد (مادهٔ ۵۸۵ ق.م.). نسبت به اعمال مادی نیز متجاوز در برابر شریکان دیگر ضامن است، مانند وکیلی که خارج از حدود نیابت اقدام کند (مادهٔ ۵۸۲).

از جهت سلطه‌ای که چنین شریکی بر مال مشترک پیدا می‌کند، وضع او مانند امین است و احکام مستودع دربارهٔ او اجرا می‌شود. چنان که مادهٔ ۵۸۴ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: «شریکی که مال‌الشرکة در ید او است در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمی‌شود، مگر در صورت تعدی و تفریط». لزومی ندارد که بین تقصیر شریک مأذون و تلف یا نقص مال رابطهٔ علیت وجود داشته باشد. زیرا، با اینکه بخشی از مال به خود او تعلق دارد، تقصیر وضع او را نسبت به سهم دیگران تغییر می‌دهد و، حداقل تا زمانی که تقصیر ادامه دارد، نسبت به سهم سایر شریکان در حکم غاصب است: یعنی مسؤول هر نقص و تلفی است که رخ دهد، هرچند ناشی از سببی بیگانهٔ از او باشد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که، با ارتکاب تقصیر از سوی شریک مأذون، شرکت منحل می‌شود و اذن در اداره از بین می‌رود. عقد شرکت، تا زمانی که فسخ نشده است، باقی می‌ماند و، بنابر نظر قوی‌تر، سمت امانت نیز پس از زوال تعدی و تفریط به شریک باز می‌گردد.

۳۲۳. شریکان مأذون:

در موردی که چند شریک مأمور ادارهٔ شرکت می‌شوند، حدود اذن و رابطهٔ مدیران به یکی از چند صورت است:

۱. **استقلال هریک از مدیران:** در این فرض، هر شریک مدیر حق دارد به طور جداگانه تصمیم بگیرد و آن را اجرا کند و نیازی به همکاری دیگران ندارد، زیرا نیابت دیگران از اختیار او نمی‌کاهد (مادهٔ ۵۷۹ ق.م). پس، هرگاه چند مدیر دست به یک کار زنند (مانند اینکه هر کدام جداگانه خانهٔ مشترک را اجاره دهند یا بفروشند)، عمل کسی که زودتر آن را انجام داده نافذ است و اقدام‌های بعد بدون موضوع می‌ماند. همچنین، در فرض نادری که دو شریک مأذون درست در یک زمان دو عمل حقوقی متضاد را انجام می‌دهند، چاره‌ای جز اعلام بطلان هر دو عمل نیست.

۲. **اجتماع مدیران:** در این فرض، چون مجموع مدیران اذن در اداره می‌یابند، اقدام یکی از آنان مؤثر نمی‌افتد. مادهٔ ۵۷۰ ق.م. در این مورد اعلام می‌کند: «اگر بین شرکاء مقرر شده باشد که یکی از مدیران نمی‌تواند بدون دیگری اقدام کند، مدیری که به تنهایی اقدام کرده باشد، در صورت عدم امضاء شرکاء دیگر، در مقابل شرکاء ضامن خواهد بود، اگرچه برای مأذونین دیگر امکان فعلی برای مداخله در امر اداره کردن موجود نبوده باشد». در این ماده، از مسؤولیت شریک در برابر دیگران سخن گفته شده، بدون اینکه به سرنوشت عمل حقوقی و نفوذ آن اشاره کند. این نقص در مادهٔ ۵۷۱ رفع شده است که به موجب آن: «تصرفات هریک از شرکاء، در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی خواهد بود». بدین ترتیب، دو مادهٔ ۵۸۰ و ۵۸۱ مکمل یکدیگر است.

۳. حالت اطلاق: در صورتی که دو یا چند شریک به طور اطلاق (بدون هیچ قیدی) مأذون در اداره شوند، اصل این است که آنان به اجتماع اقدام کنند. زیرا اختیار جمعی آنان مسلم و نیابت انفرادی هریک مورد تردید است که باید به قدر متیقن اکتفا شود (مادهٔ ۶۶۹ ق.م.). آنچه گفته شد در صورتی است که اعطای نیابت ضمن یک عمل حقوقی و همراه با یکدیگر باشد. ولی، در موردی که نیابت در زمان‌های مختلف و ضمن اعمال حقوقی جداگانه داده می‌شود، ظاهر این است که ارتباطی بین آنها وجود ندارد و هر شریک مأذون به طور انفرادی در حدود اذن عمل کنند، مگر اینکه قرینهٔ خاصی برخلاف آن موجود باشد.

۳۲۴. تقسیم سود و زیان، تابعیت از تناسب سرمایه‌ها:

تقسیم سود و زیان شرکت تابع میزان سهم شریکان است نه کاری که هرکدام انجام می‌دهند؛ چنان که در آغاز مادهٔ ۵۷۵ ق.م. آمده است: «هریک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشند...»[1]. بنابراین، اگر سهم دو شریک برابر باشد، سود و زیان شرکت به تساوی تقسیم می‌شود، خواه تنها یکی از آن دو کار کند یا هر دو به اتفاق و خواه کار آنان دارای ارزش برابر باشد یا نابرابر. در ادارهٔ اموال مشترک نیز اجرت‌المثل به کسی تعلق نمی‌گیرد، مگر اینکه ضمن عقد شرط شود.

این نتیجه قابل انتقاد است، زیرا نقش کار را در ایجاد سود ناشی از داد و ستد نمی‌توان نادیده گرفت و گاه نیز بیش از اصل سرمایه اهمیت دارد، هرچند که کار تنها به اداره محدود شود و مالی را تولید نکند. از سوی دیگر، در جهان کنونی انجام دادن کار در ادارهٔ مال مشترک نیز ظهور در تبرع ندارد و هرکس کاری کند که سود آن به دیگری برسد، در برابر اقدام خود انتظار پاداش دارد. به همین جهت، در بسیاری از شرکت‌های تجارتی آوردهٔ بعض شرکا تنها کار و تخصص آنان است که در اختیار سایرین قرار

۱. در فقه امامیه نیز همین حکم جاری است (جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۳۰۰ ـ مسالک، ج ۱، ص ۲۷۶ ـ مفتاح‌الکرامة، ج ۷، ص ۴۰۲) ـ بعض از شافعی‌ها (ابوالقاسم الانماطی) نظر داده که سود تابع مال و کار است و علامه حلی در تذکره (ج ۲، ص ۲۲۴) به او پاسخ می‌دهد که اصل مورد شرکت میزان سرمایه است و کار تابع آن قرار می‌گیرد و دیگران این گفته را تکرار کرده‌اند.

می‌دهند. بنابراین، حق این است که تقسیم سود شرکت به تناسب سرمایه و کار انجام شود و، اگر اجرای این اصل با منع مادهٔ ۵۷۵ روبرو است، شریک عامل را باید مستحق اجرت کار خویش دانست، هرچند که چنین شرطی نشده باشد.

۳۲۵. اثر قرارداد خصوصی:

پس از مشاهدهٔ اصل تابعیت سود از سرمایه، این پرسش مطرح می‌شود که، آیا این قاعده مقتضای اطلاق عقد شرکت است و شریکان می‌توانند برخلاف آن شرط کنند و به دلخواه سود و زیان را تقسیم نمایند، یا قاعده‌ای است تخلف‌ناپذیر که بایستی در هر حال رعایت شود؟ در صورت اخیر، باز هم این سؤال باقی می‌ماند که شرط مخالف با مقتضای ذات عقد شرکت (اذن در تصرف) تعارض دارد و آن را باطل می‌کند یا، به دلیل مخالفت با مشروع، خود باطل است ولی زیانی به عقد نمی‌رساند؟

هریک از این احتمال‌ها طرفدارانی در تاریخ فقه پیدا کرده است[1]. ولی، برای منقّح ساختن مطلب و نتیجه‌گیری، باید توجه داشت که:

۱. در موردی که یکی از شریکان اداره را به عهده می‌گیرد یا کار بیشتر می‌کند یا تخصصی دارد که در دیگران نیست و بخش اضافی سود در برابر کار یا تخصص به او داده می‌شود، در درستی شرط اختلاف قابل اعتنایی وجود ندارد، زیرا به آسانی می‌توان نوعی معاوضه را در مفاد شرط تحلیل کرد: سود بیشتر در برابر کار بیشتر و بهتر.

قانون مدنی نیز این فرض را، به عنوان استثنا بر قاعدهٔ «تقسیم سود و زیان به تناسب سهم» در مادهٔ ۵۷۵ پیش‌بینی کرده است و اعلام می‌کند: «هریک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشند، مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد». بنابراین، تمام بحث در جایی است که سود زیادتر یا زیان کمتر در برابر کاری قرار نگیرد و بدون عوض باشد.

۲. در مورد نزاع، گروهی از فقیهان امامیه به پیروی از شیخ طوسی (خلاف، ج ۲، ص

۱. برای دیدن فهرست جامعی از این نظرها، رجوع شود به: سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۸، ص ۴۰۲ به بعد.

۱۴۰) شرط را باطل دانسته‌اند، بر این مبنا که سببی برای تملیک سود بیشتر به کسی که سرمایهٔ بیشتر ندارد و کار زیادتر هم نمی‌کند وجود ندارد: نه خود معاوضه است، نه در عقدی معاوضی ضمیمهٔ یکی از دو عوض شده است و نه مقصود هبهٔ بخش زاید است[۱]. بیشتر این گروه بطلان شرط را باعث بطلان تراضی در ادارهٔ مال مشترک (عقد شرکت) می‌دانند و اعتقاد دارند که ربح تابع مال است و هرکدام کاری انجام داده باشد اجرت آن را نیز می‌گیرد[۲].

ولی جمع دیگر از محققان، به پیروی از سید مرتضی (انتصار، ص ۱۲۵) شرط را به دلیل لزوم پیروی از آن و تراضی طرفین نافذ می‌دانند[۳]. این نظر را باید تقویت و تأیید کرد، زیرا برای نفوذ شرط لزومی ندارد که آنچه مورد تراضی قرار می‌گیرد در برابر عوض باشد. اگر شریک می‌تواند سهم خود را از سود به دیگری ببخشد، معلوم نیست چرا نمی‌تواند آن را ضمن عقد شرکت به او واگذار کند؟

ظاهر مادهٔ ۵۷۵ ق.م. تمایل نویسندگان آن را به نظر نخست (بطلان شرط) می‌رساند، زیرا موردی که سود بیشتر در برابر عمل منظور می‌شود، عنوان استثنا بر قاعدهٔ کلی دارد که باید تفسیر محدود شود و نفوذ تراضی منوط به وجود عوض یا عمل شریکی باشد که زیادتر سود می‌برد. ولی، از این ظهور باید گذشت، زیرا آنچه را تلقین می‌کند با اصول مورد قبول در قانون مدنی تعارض دارد. به بیان دیگر، از مواردی است که مفهوم مخالف مادهٔ ۵۷۵ با قواعد عمومی و منطوق مواد دیگر مخالفت دارد:

توضیح آنکه، بر مبنای مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، تراضی طرفین قرارداد می‌تواند برای

۱. محقق، شرایع، شرکت ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۷۶؛ شرح لمعه، ج ۴، ۲۰۱ ـ شهید اول، متن لمعه، که در آن آمده است: «ولو شرطا غیرهما فالاظهر البطلان» ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۴۶۱ ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۱، کتاب شرکت. دلایل این گروه، با نظریهٔ سبب (cause) در حقوق فرانسه و لزوم داشتن عوض متقابل در حقوق انگلیس و آمریکا (consideration) نزدیک است.

۲. از ابوالصلاح نقل شده است (جواهر، همان کتاب) که شرط را باطل و شرکت را درست می‌داند و می‌گوید شرط مفید اباحه است نه ملکیت.

۳. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۲۲۴؛ قواعد (در صورتی که یک یا هر دو کاری انجام دهند) ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۳۰۱ به بعد ـ سید محمد کاظم طباطبایی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۳ ـ میرزا نائینی، حاشیه بر همان کتاب.

آنان ایجاد حق و تکلیف کند، مگر اینکه با قانون مخالفت صریح داشته باشد. پس، برای اختصاص دادن سود بیشتر به یکی از شریکان نیاز به سبب معین و پیش‌ساختهٔ قانون نیست و قصد مشترک آنان، خواه به صورت شرط یا قرارداد مستقل، می‌تواند این وضع حقوقی را به وجود آورد. اصل آزادی قراردادها بر سراسر معاملات حکومت دارد و مفهوم مواد قانون باید بر مبنای این اصل معین شود. پس، در تعارض مفهوم مخالف مادهٔ ۵۷۵ با اصل آزادی قراردادها، باید از این ظهور چشم پوشید و چنین تعبیر کرد که قانونگذار خواسته است شایع‌ترین فرضی را که به موجب شرط برای شریکی سهم زیادتر از سود منظور می‌شود یادآوری کند.

آنچه در مادهٔ ۵۷۵ مورد نظر قرار گرفته بیان این نکته است که «تقسیم سود به تناسب سهام» مقتضای اطلاق عقد شرکت است و به وسیلهٔ شرط می‌توان ترتیبی مخالف آن و به دلخواه شریکان مقرر کرد. به همین جهت، بعضی از نویسندگان حقوق مدنی نیز، با تأثر از نظر مشهور بین متأخران از فقها و رعایت اصل آزادی قراردادها، نفوذ شرط مخالف را در همهٔ موارد ترجیح داده‌اند[1].

۳۲۶. امکان فروش و اجارهٔ مال مشاع:

اشاعه مانع از تصرف هر شریک در مال خود نمی‌شود، مگر اینکه تصرف او ملازمه با دخالت در حق دیگران باشد. بنابراین، تصرفی را که شریک در حصهٔ خود می‌کند، نباید فضولی پنداشت. بر همین مبنا:

۱. «هریک از شرکا می‌تواند، بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند» (مادهٔ ۵۸۳ ق.م). زیرا، انتقال مالکیت مستلزم تصرف در حقوق دیگران نیست. در این فرض، هرگاه سایر شریکان به تسلیم مبیع راضی نشوند، نمی‌توان بیع را به بهانهٔ نداشتن قدرت بر تسلیم باطل پنداشت. زیرا، هم فروشنده و هم خریدار می‌توانند، با برهم زدن شرکت و تقسیم مال مشترک، مبیع را در اختیار گیرند. پس، اگر

۱. محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۳۳۶ ـ و برای دیدن نظر مخالف: دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۳۳ ـ مصطفی عدل، شماره ۶۳۵.

ناتوانی در تسلیم نیز پذیرفته شود، بیگمان موقت است و باعث بطلان بیع نمی‌گردد.

۲. «اجارهٔ مال مشاع جایز است، لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک» و در صورتی که شریک اذن ندهد و منفعت در اختیار مستأجر قرار نگیرد، اجاره نسبت به مدتی که منفعت تسلیم نشده باطل است و در مورد بقیهٔ مدت نیز مستأجر حق فسخ دارد (مادهٔ ۴۷۶ ق.م.).

فصل چهارم

انحلال شرکت

۳۲۷. انحلال اذن در اداره و انحلال اشاعه:

انحلال اذن در اداره را با از بین رفتن اصل اشاعه نباید اشتباه کرد: نویسندگان قانون مدنی این دو عنوان را جداگانه در دو مادهٔ ۵۸۷ و ۵۸۸ موضوع حکم قرار داده‌اند. بنابراین، فصل مربوط به انحلال شرکت ضمن دو مبحث بررسی می‌شود.

مبحث اول: انحلال اشاعه

۳۲۸. تقسیم مال مشاع:

شرکت، خواه نتیجهٔ مزج قهری یا ارث یا قرارداد باشد، الزامی به نگاهداری اشاعه ایجاد نمی‌کند. چنان که مادهٔ ۵۸۹ ق.م. اعلام می‌دارد که: «هر شریک‌المال می‌تواند، هر وقت بخواهد، تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید...». با وجود این، قاعدهٔ مربوط به اختیاری بودن درخواست تقسیم نیز بدون استثنا باقی نمانده است و از دو جهت اختیار شریک محدود می‌شود:

۱. موردی که تقسیم موجب ضرر است، یعنی به مقدار فاحش از بهای مال مشترک می‌کاهد و این کاهش نیز به حکم عادت قابل مسامحه نیست (مادهٔ ۵۹۳ ق.م.). برای مثال، اگر سهم شریک بخش ناچیزی از باغ یا ملک مزروعی باشد که پس از تقسیم قابل

انتفاع به نظر نمی‌رسد یا از منافع آن کاسته می‌شود و از قیمت می‌افتد، تقسیم به زیان او انجام نمی‌شود، مگر اینکه خود رضایت به آن دهد و به اقدام ضرری به زیان خود دست زند. این است که مادهٔ ۵۹۱ ق.م. تقسیم به اجبار را مشروط بر این می‌داند که: «تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد».

هرگاه ضرر ناشی از تقسیم چندان سنگین باشد که تمام مال مشترک یا حصهٔ برخی از شرکا را از مالیت بیندازد، تقسیم ممنوع است، اگر چه شریکان تراضی کنند (مادهٔ ۵۹۵ ق.م.)؛ چنان که اگر شرکت در قالیچه یا اتومبیل یا ظرف چینی باشد، تقسیم باعث می‌شود که مال مشترک یا سهم بعض از شریکان بهای خود را از دست بدهد. در چنین مواردی، در واقع مال مشترک قابلیت تقسیم را ندارد. قانون مدنی راه‌حلی برای رها شدن از شرکت ناخواسته به اجمال و به طور مشروط ارائه می‌کند (بخش اخیر مادهٔ ۵۹۴ ق.م.). ولی قانون امور حسبی، در باب تقسیم ترکه، به روشنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که مالی، اعم از منقول یا غیرمنقول، قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده بهای آن تقسیم شود. فروش اموال به ترتیب عادی به عمل می‌آید، مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را به طریق مزایده درخواست کند.». مفاد این ماده اختصاص به تقسیم ترکه ندارد و می‌توان آن را در فروش اجباری هر مال مشترک قابل اجرا دانست.

۲. در موردی که شریکان ملتزم به بقای شرکت شده باشند، یعنی تعهد قراردادی مانع از درخواست تقسیم شود: بدین معنی که شریکان ضمن عقد لازمی اختیار خود را در تقسیم محدود یا آن را ممنوع کرده باشند. تعیین مدت برای شرکت به خودی خود الزامی ایجاد نمی‌کند، مگر اینکه ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. چنانکه در مادهٔ ۵۸۶ ق.م. آمده است که: «اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هریک از شرکاء هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند». ماده ناظر به اذن در اداره است، ولی از مفاد آن می‌توان استفاده کرد که، هرگاه تعیین مدت به گونه‌ای باشد که نشان دهد مقصود ایجاد التزام برای مدتی است، اختیار تقسیم را نیز محدود می‌کند؛ چنان که در مادهٔ ۵۸۹ ق.م. نیز التزام به عدم تقسیم به صراحت پیش‌بینی شده است.

۳. آنچه دربارهٔ اختیار درخواست تقسیم گفته شد، ناظر به موردی است که اشاعه در مالکیت باشد یا ملک و وقف مشترک را بخواهند از هم جدا سازند. ولی، موقوف‌علیهم نمی‌توانند به تراضی مال وقف را بین خود تقسیم کنند (مادهٔ ۵۹۷ ق.م.).

۳۲۹. ماهیت تقسیم:

کیفیت تقسیم و آثار آن به بحث قراردادها ارتباط ندارد و به مالکیت مشاع مربوط می‌شود. برای شناسایی ماهیت تقسیم، کافی است مادهٔ ۵۹۸ ق.م. آورده شود. به موجب این ماده: «ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترک مثلی باشد به نسبت سهام شرکا افراز می‌شود و اگر قیمی باشد برحسب قیمت تعدیل می‌شود، و بعد از افراز یا تعدیل، در صورت عدم تراضی بین شرکا حصص آنها به قرعه معین می‌گردد».

بدین ترتیب، تقسیم بدین منظور انجام می‌شود که به جای سهم مشاع منتشر در مجموع، بخش معینی از مال به هر شریک داده شود تا در آن مالکیت مستقل پیدا کند. همین مبادلهٔ سهم مشاع با بخش معین از آن باعث شده است تا بعضی تقسیم را نوعی بیع شمارند که در آن دو مال با هم مبادله می‌شود. این پندار در مورد تقسیم به رد، یعنی جایی که سهام تعدیل نمی‌شود و مقداری سرانه به یکی از صاحبان می‌پردازند، تقویت شده است. زیرا، در برابر تمام یا بخشی از سهام مشاع به او، مال دیگری، که به طور معمول پول است، پرداخته می‌شود واز نظر ماهیت به بیع شباهت دارد.

فقهای امامیه این تحلیل را به طور قاطع نپذیرفته‌اند[1]. به نظر اینان، تقسیم تمیز حق است و نباید آن را با معاملات بیع و صلح یا هبهٔ معوض اشتباه کرد. نشانه‌های جدایی تقسیم از بیع در چند امر خلاصه شده است: نخست اینکه در تقسیم اعلام اراده لزومی ندارد و شریکان نیز جز تمیز حق خود عملی را اراده نمی‌کنند. دیگر اینکه موارد اجبار

۱. محقق، شرایع، کتاب شرکت ـ علامه حلی، قواعد (جامع‌المقاصد، ج ۲، ص ۲۳۰) ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۷۷ـ میرزا قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۸۵ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۳۰۹ ـ شیخ عبدالله مامقانی، مناهج المتقین، ص ۲۸۶ ـ شیخ محمد حسین کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۳، ص ۲۲۲ ـ صاحب ریاض قسمت به رد را معاوضه و تراضی را در آن شرط می‌داند (ج ۱، کتاب شرکت).

در تقسیم به مراتب گسترده‌تر از موارد اجبار به بیع است. به اضافه، در تقسیم، اندازهٔ سهام مشاع مساوی را برابر معین می‌کنند و بهای هر سهم با دیگر سهام سنجیده می‌شود؛ در حالی که بیع مبادلهٔ دو مال است که ارزش هر کدام به طور مستقل در نظر گرفته می‌شود.

این بحث از لحاظ عملی نیز نتایج فراوانی دارد: از جمله این که، اگر تقسیم بیع به شمار نیاید، حق شفعه در آن جاری نمی‌شود و خیار مجلس در آن راه ندارد. وانگهی، هرگاه تقسیم تنها تمیز حق باشد، دیگر بر مبنای قوانین ثبت (مواد ۴۶ تا ۴۸) ضرورتی ندارد که ضمن سند رسمی انجام و ثبت شود و سند عادی نیز برای اثبات توافق شریکان کافی است. برعکس، هرگاه تقسیم معامله و عقد به شمار آید، باید تقسیم‌نامه نیز به صورت اسناد رسمی تنظیم و ثبت گردد تا دادگاه یا ادارهٔ ثبت بتواند آن را بپذیرد.

پس از این مقدمه، باید پذیرفت که تقسیم از سنخ بیع یا سایر عقود معاوضی، مانند معاوضه یا صلح معوض، نیست. زیرا، نه تنها شریکان جز تمیز حق عملی را اراده نکرده‌اند تا تابع آن باشند، از نظر ساختمان داخلی نیز آنچه انجام می‌پذیرد با ماهیت هیچ‌یک از عقود معین قابل انطباق به نظر نمی‌رسد: شریکان نمی‌خواهند که سهم مفروز به عنوان بهای حصهٔ مشاع تلقی شود، همچنان که دو مال جداگانه را با هم معاوضه نمی‌کنند، بلکه چهره‌ای از حق منتشر در مجموع به حقی مستقل در بخشی از آن، که موضوع حق نخستین نیز بوده است، تبدیل می‌شود.

با وجود این، در تقسیم تنها به تمیز حق پرداخته نمی‌شود؛ حق تبدیل می‌شود و مبادلهٔ حق مشاع با مفروز به تراضی نیاز دارد و نوعی معامله دربارهٔ عین یا منافع مال مشاع است[1]. به همین دلیل نیز، هرگاه موضوع آن غیرمنقول باشد، باید ضمن سند رسمی انجام پذیرد و در دفتر اسناد رسمی ثبت شود. تقسیم به اجبار نیز نوعی مبادله است که برای دفع ضرر به شریک تحمیل می‌شود و نباید آن را خارج از اعمال حقوقی شمرد. به بیان دیگر، انجام خواستهٔ شرکا و تمیز حق در هر حال ملازمه با نوعی تبدیل حق و تراضی دارد، با این تفاوت که گاه نیز حاکم به جای یک یا چند نفر از اطراف معامله تصمیم می‌گیرد.

۱. سید محمد کاظم طباطبایی، ملحقات عروةالوثقی، ج ۳ (کتاب قضاء)، ص ۲۱۸.

۳۳۰. تلف تمام مال شرکت:

در صورتی که بخشی از مال شرکت تلف شود، اشاعه بر هم نمی‌خورد. زیرا حق هریک از شریکان منتشر در مجموع است و آنچه تلف می‌شود بخشی از حق همهٔ آنان است و آنچه باقی می‌ماند باز به همه تعلق دارد. ولی، هرگاه تمام مال شرکت از بین برود، موضوع حق همهٔ شریکان و در نتیجه اشاعه مرتفع می‌شود. این است که در مادهٔ ۶۸۷ ق.م. بر هم خوردن شرکت مقید به تلف تمام مال شرکت شده است.

مبحث دوم: انحلال اذن در اداره[۱]

۳۳۱. رجوع از اذن:

چنان که گفته شد، رابطهٔ حقوقی شریکی که مأذون در ادارهٔ مال مشاع می‌شود، با دیگران مانند رابطهٔ وکیل و موکل است: یعنی، اذن در اداره هیچ الزامی در نگاهداری این رابطهٔ حقوقی به وجود نمی‌آورد. پس «شرکا همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند (مادهٔ ۵۷۸ ق.م.) و برای توجیه این اقدام نیاز به هیچ عذر و استدلالی ندارند.

با وجود این، همان گونه که حق عزل موکل را می‌توان به تراضی از بین برد، شریکان نیز می‌توانند حق رجوع از اذن را محدود یا ساقط کنند؛ چنان که در بخش دوم مادهٔ ۵۷۸ آمده است: «... مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد...». مادهٔ ۵۸۶ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هریک از شرکاء هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند». از ظاهر این مواد چنین برمی‌آید که، اذن در اداره تنها به وسیلهٔ شرط ضمن عقد لازم الزام‌آور می‌شود و، اگر در ضمن عقدی که شریکان به یک یا چند نفر اذن در تصرف و اداره می‌دهند شرط مدت شود، این شرط الزامی ایجاد نمی‌کند، چرا که عقد شرکت نیز خود جایز است. پس، تنها اثر چنین شرطی این است که در پایان مدت اذن خود به خود از بین می‌رود و تصرف مدیران نیاز به اذن جدید دارد[۲].

۱. یا به بیان دیگر، انحلال «شرکت عقدی»، که مبنای اذن در ادارهٔ مال مشترک قرار می‌گیرد.

۲. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۷۷ ـ سید محمد کاظم طباطبایی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۴، مسئله ۹ از احکام شرکت.

با وجود این، از مفاد مادهٔ ۱۰ چنین برمی‌آید که قرار دادن اذن یا شرط مدت ضمن عقد لازم معین، تنها راه سقوط حق رجوع از اذن نیست، بلکه شایع‌ترین راه‌ها است. چنان که در وکالت تفصیل آن خواهد آمد، دو طرف عقد می‌توانند در رابطهٔ خود پیمان ادارهٔ مال مشاع را برای مدت معین یا تا زمان بقای اشاعه الزام‌آور سازند، مانند وکالتی که ضمن آن حق عزل وکیل ساقط شده باشد[۱].

۳۳۲. انحلال شرکت:

حق ادارهٔ مال مشاع، خواه ضمن عقد لازم دیگر یا در همان تراضی به وجود آید، با انحلال شرکت از بین می‌رود. زیرا، با تقسیم مشترک یا از بین رفتن تمام آن، موضوع خود را دست می‌دهد. این است که در پایان مادهٔ ۵۷۸، پس از حکم به لزوم اذنی که ضمن عقد لازم داده می‌شود، آمده است: «... که در این صورت، مادام که شرکت باقی است، حق رجوع ندارند».

۳۳۳. انقضای مدت مأذونیت:

اثر تعیین مدت برای اذن، خواه تا پایان مدت ایجاد الزام کند یا اختیار رجوع را باقی گذارد، در هر حال این است که با انقضای مدت اصل اذن نیز از بین می‌رود. زیرا، در موردی که اذن به طور مطلق داده می‌شود، تا زمانی که شریک از آن عدول نکرده است، باقی می‌ماند و زوال آن نیاز به اعلام اراده و تصمیم جدید دارد. لیکن، اذن موقت برای مدتی محدود به وجود می‌آید و با سپری شدن آن خود به خود از بین می‌رود و شریک مأذون دیگر حق تصرف در مال مشترک را ندارد.

۳۳۴. فوت و حجر یکی از شریکان:

اثر شرکت عقدی اعطای نیابت و اذن به مدیران مال مشاع است. پس، این عقد نیز،

۱. در این باره، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ش ۲۸ به بعد.

مانند وکالت و سایر عقود جایز، به فوت و حجر یکی از شریکان منحل می‌شود (مادهٔ ۹۵۴ ق.م.). مادهٔ ۵۸۸ ق.م. نیز، در مقام اجرای این اصل در شرکت و ضمن موارد انحلال شرکت عقدی، فوت و حجر یکی از شریکان را هم آورده است.

بعضی از نویسندگان ورشکستگی را نیز از موارد حجر دانسته و از آن نتیجه گرفته‌اند که در اثر حکم توقف نیز شرکت منحل می‌شود[1]. این نظر، هرچند از لحاظ پیشینهٔ تاریخی اصطلاح حجر و مفاد مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق.م. بی‌مبنا و دور از منطق به نظر نمی‌رسد، قابل انتقاد است. زیرا مادهٔ ۱۲۰۷ ق.م. در جلد سوم، ورشکسته را در زمرهٔ محجوران نیاورده است. از نظر اصول حقوقی نیز هدف ورشکستگی و حجر یکسان نیست و قلمرو این دو مفهوم نیز تفاوت دارد. پس، منع از تصرف در اموالی که متعلق حق طلبکاران قرار گرفته است، با حجر که برای حمایت از محجور مقرر می‌شود، در حقوق کنونی یکسان نیست.

با وجود این، چون طلبکاران ورشکسته در اجرای حقوق مالی قائم مقام او می‌شوند، آنان حق دارند، بسان خود او، عقد جایز شرکت را فسخ کنند. بدین ترتیب، ورشکستگی شرکت را منحل نمی‌سازد ولی حق فسخ را به طلبکاران می‌دهد. برخلاف فوت و حجر، که خود به خود باعث انحلال عقد است.

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۳۶.

فصل پنجم

تقسیم اموال مشاع

۳۳۵. مباحث گوناگون

در مبحث مربوط به «انحلال اشاعه» گفته شد که هر شریک می‌تواند تقسیم مال مشترک را از دادگاه بخواهد، مگر این که ملتزم به بقای آن باشد یا این اقدام ضرری برای شریک دیگر یا ارزش مال داشته باشد. به بیان دیگر، حدود این اختیار را دیدیم. ماهیت حقوقی تقسیم نیز مورد مطالعه قرار گرفت و دیدیم که هدف آن تمیز حقوق است که با نوعی مبادله همراه می‌شود. بنابراین، تاکنون کلیاتی از تقسیم اموال مشاع را در اختیار داشته‌ایم و سایر مطالب مربوط به، اقسام و ترتیب و آثار تقسیم را در مباحث جداگانه مطرح می‌سازیم:

مبحث اول: اقسام تقسیم

۳۳۶. مبانی تقسیم:

انواع تقسیم مال مشاع را به چند اعتبار می‌توان مورد بررسی قرار داد:

۱. بر مبنای دخالت شریکان در تقسیم، آن را به تقسیم اجباری و تقسیم به تراضی تقسیم کرده‌اند.

۲. به اعتبار ترتیب و شیوه‌ای که دادگاه در تقسیم به کار می‌برد، آن را به: افزار، تعدیل، تقسیم به رد و فروش اجباری و تقسیم ثمن می‌توان تقسیم کرد، که در واقع مراتب تقسیم است.

۳. به اعتبار موضوع تقسیم، باید تقسیم اعیان و منافع و دیون را از یکدیگر جدا کرد.

گفتار نخست: تقسیم به تراضی و به اجبار

۳۳۷. تقسیم به تراضی:

رعایت قواعد مربوط به تقسیم مال مشاع در صورتی اجباری است که شریکان در این باره تراضی نکنند، و «هرگاه تمام شرکا به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکا تراضی نمایند انجام می‌شود...» (مادهٔ ۵۹۱ ق.م.). با وجود این، حکومت تراضی از دو جهت محدود می‌شود که بایستی آنها را، به عنوان مخصص مادهٔ ۵۹۱، در نظر داشت:

۱. «هرگاه تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصهٔ یک یا چند نفر از شرکا از مالکیت باشد، تقسیم ممنوع است، اگرچه شرکا تراضی نمایند» (مادهٔ ۵۹۵ ق.م.). برای مثال، نمی‌توان اتومبیل یا مجسمهٔ مشاع را تقسیم کرد. التزام به انجام چنین تقسیمی نیز باطل است و، هرگاه برای تضمین التزام دادن پولی (وجه التزام) مقرر شده باشد، اثر حقوقی ندارد.

۲. در صورتی که بین شریکان محجور یا غایبی وجود داشته باشد، تقسیم باید به وسیلهٔ نمایندگان آنها در دادگاه به عمل آید. این حکم، که در مادهٔ ۳۱۳ قانون امور حسبی نسبت به تقسیم ترکه مقرر شده است، دربارهٔ تقسیم هر مال مشاع باید رعایت شود (مادهٔ ۳۲۶ همان قانون). پس، ولی یا قیم صغیر یا امین غایب نمی‌تواند با شریکان دیگر تراضی کند و در دفتر اسناد رسمی یا ادارهٔ ثبت به تقسیم مال مشترک بپردازد. مرسوم این است که اگر شریکان طرحی برای تقسیم دارند، به دادگاه تقدیم می‌شود و دادرس، برای بازرسی درستی تعدیل سهام و رعایت غبطهٔ محجور یا غایب، کارشناسی را مأمور رسیدگی به طرح مورد تراضی می‌کند، و بر مبنای نظر او و تراضی شریکان و نمایندگان محجور و غایب، نفوذ طرح پیشنهاد شده را اعلام می‌دارد.

۳۳۸. تراضی بعض از شریکان:

در مادهٔ ۳۰۹ قانون امور حسبی پیش‌بینی شده است که: شریکان یا نمایندگان آنان در

دادگاه نسبت به طرز تقسیم و مقدمات آن به تراضی قراری بگذارند و دادگاه این قرار را در صورتمجلسی بنویسد و مبنای تصمیم خود قرار دهد. مفاد این ماده حکم تازه‌ای ندارد و در واقع شیوهٔ اجرای تقسیم به تراضی را در دادگاه معین می‌کند.

ولی، در مواد ۳۱۰ به بعد ترتیبی اتخاذ شده است که به موجب آن تراضی بعض شریکان نیز، در صورتی که ظرف مدت معین مورد اعتراض دیگران واقع نشود، مبنای تقسیم قرار گیرد و از مواردی است که قانونگذار سکوت را در حکم رضا می‌شناسد.

به موجب مادهٔ ۳۱۰: «هرگاه یک یا چند نفر از اشخاص ذینفع در تنظیم قرارداد مذکور فوق شرکت نداشته و رضایت خود را اظهار ننموده باشند، دادگاه نتیجهٔ تصمیمی را که مربوط به شخص غایب است به او اعلام می‌نماید، با ذکر اینکه می‌تواند در ظرف مدت معینی در دفتر دادگاه حاضر شده و به قرارداد مراجعه نموده و رضایت یا عدم رضایت خود را اعلام دارد». مادهٔ ۳۱۱ نیز مقرر می‌دارد: «در اخطار مذکور در فوق قید می‌گردد که، هرگاه شخص غایب در مدت معینه در دفتر حاضر نگردد و یا رضایت خود را اظهار نکند، برطبق قرارداد مذکور در مادهٔ ۳۰۹ قضیه حل خواهد شد».

با وجود این، به منظور احتراز از تقسیمی که احتمال دارد به زیان غایب انجام شود، احتیاط حکم می‌کند که، دادگاه با جلب نظر کارشناسان درستی ارزیابی اموال و تعدیل سهام را احراز کند، مگر این که طرح تقدیم شده چندان روشن باشد که تردید در صحت آن باقی نگذارد.

۲۳۹. تقسیم به اجبار:

ممکن است یک یا چند نفر از شریکان راضی به تقسیم نباشند و منافع خود را در بقای شرکت ببینند. در این صورت، شریکی که مایل است خود را از قید اشاعه برهاند، می‌تواند از دادگاه حکم به تقسیم را درخواست کند. این تقاضا در صورتی پذیرفته می‌شود که، مال قابل تقسیم باشد و افراز باعث از بین رفتن مالیت آن نگردد، و تقسیم موجب ضرر شرکای ممتنع نباشد. زیرا ضرر شریک قاعدهٔ تسلیط را محدود می‌کند و بر آن حکومت دارد.

در این گونه موارد، راه جمع بین حقوق این است که شریک متقاضی فروش مال مشترک و تقسیم بهای آن را از دادگاه بخواهد (مادهٔ ۳۱۷ قانون امور حسبی). همچنین، هرگاه اجبار مالک بر باقی ماندن در شرکت باعث ضرر او باشد، می‌تواند از دادگاه الزام شریک ممتنع را به تعمیر یا اجاره یا فروش سهم خود درخواست کند.

مادهٔ ۵۹۴ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه قنات مشترک یا امثال آن خرابی پیدا کرده و محتاج به تنقیه یا تعمیر شود و یک یا چند نفر از شرکا بر ضرر شریک یا شرکای دیگر از شرکت در تنقیه یا تعمیر امتناع نمایند، شریک یا شرکای متضرر می‌توانند به حاکم رجوع نمایند. در این صورت، اگر ملک قابل تقسیم نباشد، حاکم می‌تواند، برای قلع مادهٔ نزاع و دفع ضرر، شریک ممتنع را به اقتضای موقع به شرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند». بدین ترتیب، در ادارهٔ مال مشترک نیز اخلال نمی‌شود و شریکان ملزم می‌گردند که در این اداره همکاری کنند یا سهم خود را بفروشند یا اجاره دهند.

باید افزود که، هرگاه شرکت در اموال گوناگون باشد (مانند شرکت وارثان در تمام اجزای ترکه)، ضرورتی ندارد که تقسیم اجباری در تمام آن اموال صورت پذیرد. درخواست کننده می‌تواند افراز سهم خود را در یکی از آن اجزای شرکت (مانند زمین یا خانه) بخواهد و بقیه را به حال اشاعه باقی گذارد[1]. چنان که مادهٔ ۵۹۶ می‌گوید: «در صورتی که اموال مشترک متعدد باشند، قسمت اجباری در بعضی از آنها ملازم با تقسیم باقی اموال نیست».

گفتار دوم: تقسیم بر مبنای افراز و تعدیل و رد و فروش

۳۴۰. مراتب تقسیم:

چنان که گفته شد، این تقسیم بر مبنای شیوه‌های تمیز حق در مال مشاع انجام می‌شود و، در واقع، مراتب گوناگون تقسیم است: بدین ترتیب که، در مرحلهٔ نخست، تقسیم بایستی از راه افراز انجام پذیرد، سپس از راه تعدیل یا رد، و آن گاه که هیچ‌کدام ممکن نباشد، دادگاه می‌تواند حکم به

۱. سید محمد کاظم طباطبایی، عروةالوثقی (ملحقات)، ج ۳، ص ۲۲۲.

فروش اجباری دهد.

با وجود این، در بعض موارد و، به ویژه دربارهٔ تقسیم اموال متعدد (مانند تقسیم ترکه)، احتمال دارد که دادگاه به همهٔ شیوه‌ها یا بعض از آنها متوسل شود و ضرورتی ندارد که در هر دعوا تنها یکی از این اقسام مبنا قرار گیرد.

۳۴۱. افراز:

بر طبق مادهٔ ۳۱۶ قانون امور حسبی: «تقسیم طوری به عمل می‌آید که برای هریک از ورثه از هر نوع اموال حصه معین شود...». بدین ترتیب، توزیع عادلانهٔ مال مشترک، بدون اینکه نیازی به تعدیل قیمت داشته باشد، ساده‌ترین و طبیعی‌ترین راه تقسیم است که بایستی پیش از هر اقدام به آن اندیشید و به کار بست. این تقسیم را «افراز» یا «تقسیم به افراز» می‌نامند[1].

افراز در صورتی امکان دارد که مال مشاع دارای اجزایی مساوی باشد: مانند گندم و حبوبات، یا بهای اجزای آن برابر باشد: مانند زمین زراعتی که همهٔ بخش‌های آن یکسان و دارای بهایی برابر با یکدیگر است.

در این نوع تقسیم، کافی است که اندازهٔ سهام برابر باشد و به هر شریک به تناسب حصهٔ مشاع او داده شود، هرچند که اندازهٔ سهم و قیمت آن نیز معین نگردد. چنان که شریکان در خرمنی گندم می‌توانند با پیمانه‌ای آن را بین خود تقسیم کنند، در حالی که نمی‌دانند هر پیمانه حاوی چه اندازه گندم است.

افراز معنی عام دیگری هم دارد که مرادف با تقسیم است؛ چنان که مقصود از «درخواست افراز» در قانون آئین دادرسی مدنی همین معنی است. دادخواست‌های تقسیم نیز به عنوان افراز داده می‌شود، هرچند که مستلزم تعدیل یا تقسیم به رد نیز باشد.

۱. همان کتاب ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۴۲.

۳۴۲. تقسیم به تعدیل:

این تقسیم ناظر به موردی است که مال مشاع دارای اجزای برابر نیست، ولی سهام شریکان را می‌توان از آن چنان معین کرد که از نظر بها برابر باشد و نیازی به دادن سرانه پیدا نشود. برای مثال، زمینی است در کنار خیابان که بخش‌های مقدم و نزدیک‌تر پربهاتر و قطعه‌های دورتر ارزان‌تر است، ولی کارشناس قطعه‌های ارزان‌تر را، به نسبت، وسیع‌تر معین می‌کند، به گونه‌ای که از حیث قیمت همهٔ سهام برابر باشند و به هنگام استقراع مشکلی به وجود نیاید.

همچنین است در موردی که مال مشترک انواع گوناگون دارد و از هر مال نمی‌توان به همهٔ شریکان داد: مانند اینکه دو قطعه فرش و یک انگشتر فیروزه و مقداری مبل و اثاث و ظروف بایستی بین سه برادر تقسیم شود و نمی‌توان فرش‌ها و اثاث را قطعه قطعه کرد و به هر کدام سهمی داد. در این فرض کارشناس می‌تواند، ترکه را به سه بخش برابر از حیث قیمت تقسیم کند تا وراث بتوانند، به اختیار یا به قید قرعه، هر کدام یکی از بخش‌ها را بردارند.

در تقسیم به تعدیل، هر شریک ارزشی معادل حصهٔ خود از مال مشاع می‌برد، بدون اینکه بتواند از همهٔ اموال به اندازهٔ سهم خود تملک کند. برای مثال، اگر دو دانگ مشاع از خانه‌ای را مالک است، حصهٔ مفروزی که به او داده می‌شود معادل یک سوم سهام ارزش دارد. این است که، مادهٔ ۳۱۶ ق.ا.ح. می‌افزاید: «... و اگر بعضی از اموال بدون زیان قابل تقسیم نباشد، ممکن است آن را در سهم بعض از ورثه قرارداد و برابر بهای آن از سایر اموال در سهم دیگران منظور نمود...».

قانون مدنی نیز در مادهٔ ۵۹۸ ترتیب تقسیم به افراز و تعدیل را بدین عبارت بیان می‌کند: «ترتیب تقسیم آن است که، اگر مال مثلی باشد، به نسبت سهام شرکا افراز می‌شود و، اگر قیمی باشد، برحسب قیمت تعدیل می‌شود. و بعد از افراز یا تعدیل، در صورت عدم تراضی بین شرکا حصص آنها به قید قرعه معین می‌گردد.». منتها، بایستی توجه داشت که مقصود از مال مثلی در این ماده، مالی است که اجزای آن در ارزش با هم

برابر باشد (مانند گندم و حبوبات). قانونگذار در تنظیم این ماده نظر به عقیدهٔ مشهور فقها در تعریف مال مثلی داشته است[۱]. در حالی که مادهٔ ۹۵۰ ق.م. که می‌گوید: «مثلی عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد...» از نظر دیگری در فقه پیروی کرده است[۲].

اکنون، اگر مثلی به معنی مادهٔ ۹۵۰ در نظر گرفته شود، تقسیم هر مال مثلی را نمی‌توان به ترتیب افراز انجام داد: برای مثال، اگر کاسهٔ چینی را که امثال آن در بازار فراوان است بخواهند بین دو شریک تقسیم کنند، چاره‌ای جز روی آوردن به تعدیل سهام برحسب قیمت نخواهد بود. در حالی که کاسه چینی بر مبنای تعریف مشهور در هر حال قیمی است. پس، باید مادهٔ ۵۹۸ را بر معنی مشهور حمل کرد و از افراز اموالی که اجزای آنها برابر نیست ولی در بازار اشباه و نظایر فراوان دارد، چشم پوشید.

۳۴۳. تقسیم به رد:

هرگاه تعدیل سهام بدون ضمیمه کردن مالی از خارج امکان نداشته باشد، دادگاه ناچار است که بعض از شرکا را ملتزم سازد تا، در برابر سهم زیادتری که از مال مشاع می‌برند، پول یا مالی به دیگران بدهند. این تقسیم را، به اعتبار دادن مال خارجی، تقسیم به رد می‌گویند[۳]؛ چنان‌که در پایان مادهٔ ۳۱۶ ق.ا.ح. می‌خوانیم: «... و اگر تعدیل محتاج به ضمیمهٔ پول و اموال باشد، به ضمیمهٔ آن تعدیل می‌شود».

برای مثال، اگر کارشناس هنگام تعدیل سهام در خانه‌ای مشاهده کند که یکی از آنها بدون راه عبور یا از حیث سکونت ناقص می‌ماند، ناچار اندکی زیادتر در این سهم می‌نهد و برای تعدیل قیمت سهام مقرر می‌کند که هر شریک این سهم را بردارد بایستی مبلغی به دیگران یا به مالک سهم دیگر بپردازد.

۱. محقق، شرایع، کتاب غصب ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۲۴۷ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۷، ص ۸۹ ـ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۱۰۵.
۲. شیخ محمد حسن نجفی، همان کتاب، ص ۹۳ ـ سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب شیخ، ج ۱، ص ۹۶ ـ آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، حاشیه بر مکاسب، ص ۲۰.
۳. شهید ثانی، مسالک، ج ۲، کتاب قضاء، ص ۴۷۳.

این تقسیم حاوی معاوضهٔ بخشی از مال مشاع در برابر مالی است که «رد» می‌شود. به همین جهت بسیاری از نویسندگان اعتقاد دارند که اجبار به این تقسیم جایز نیست و حتی بعضی تصریح کرده‌اند که، اگر تقسیم به رد نیز با تراضی انجام پذیرد، تا زمانی که پس از استقراع رضای به آن اعلام نشود، مالکیت مفروز محقق نمی‌شود[1]. قانون مدنی، در این باره سکوت اختیار کرده است، ولی مادهٔ ۳۱۶ ق.ا.ح. تقسیم به رد را نیز اجباری قرار داده است[2].

از لحاظ عملی نیز باید دانست که در تقسیم املاک، اعم از خانه و باغ و زمین، رد مالی به عنوان سرانهٔ سهام تعدیل مرسوم است و در غالب طرح‌های تقسیم کارشناس ناچار می‌شود که مبلغی پول را ضمیمهٔ سهام تعدیل شده کند.

۳۴۴. اجبار به فروش و تقسیم ثمن:

در موردی که تقسیم باعث ضرر یکی از شریکان می‌شود یا تعدیل سهام به هیچ ترتیب امکان ندارد، برای شریک درخواست کننده وضع نامناسبی به وجود می‌آید. زیرا بایستی محدودیت‌های ناشی از اشاعه را تحمل کند. وانگهی، اگر بین مالکان مشاع تفاهم و همکاری وجود نداشته باشد، ملک رو به خرابی می‌رود و به زیان همه تمام می‌شود. مادهٔ ۵۹۴ ق.م به حاکم اجازه می‌دهد که، برای قلع مادهٔ نزاع و دفع ضرر، شریک ممتنع از تعمیر را به اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند. ولی، این قاعده کافی نمی‌نمود. زیرا ناظر به خودداری یک یا چند شریک از تعمیر و تنقیه قنات و امثال آن است و احتمال دارد دادگاه‌ها آن را به تمام موارد دفع ضرر و قلع نزاع بین شریکان سرایت ندهند. وانگهی، به حاکم اختیار می‌دهد که تصمیم مناسب بگیرد و راه‌حلی قاطع برای پایان بخشیدن به اشاعه به نظر نمی‌رسد.

به همین جهت، مادهٔ ۳۱۷ ق.ا.ح. این راه‌حل ناقص را کامل ساخت و مقرر داشت:

۱. همان کتاب. شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۱۵ ـ شرایع محقق، کتاب قضاء ـ و برای دیدن نظر مخالف: شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۳۵۰ به بعد.

۲. در تأیید این نظر، رجوع شود به: سید محمد کاظم طباطبایی، عروةالوثقی (ملحقات)، ج ۳، کتاب قضاء، ص ۲۲۱.

«در صورتی که مال، اعم از منقول یا غیرمنقول، قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده بهای آن تقسیم شود. فروش آن به ترتیب عادی به عمل می‌آید، مگر آنکه یکی از ورثه فروش آن را به طریق مزایده درخواست کند.» مادهٔ چهارم قانون افراز و فروش املاک مشاع، مصوب آذر ۵۷ تأیید می‌کند که: «ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیرقابل افراز تشخیص شود، با تقاضای هریک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود.» بنابراین، قابل افراز نبودن ملک باید پیش از درخواست فروش بوسیلهٔ تصمیم قطعی واحد ثبتی احراز شود و نمی‌تواند مقدمهٔ درخواست باشد.

ممکن است از لحن مادهٔ ۳۱۷ چنین برآید که اجرای این حکم نیز، مانند مادهٔ ۵۹۴ ق.م. بستگی به نظر دادگاه دارد. ولی، رویهٔ قضایی به طور قاطع این احتمال را مردود می‌داند و تقاضای شریک نومید از تقسیم را برای اجبار شرکا به فروش کافی می‌بیند. لحن مادهٔ ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع نیز این تعبیر را تأیید می‌کند.

به هر حال، ثمن معامله در این فرض مشاع بین شریکان است و دادگاه، به تناسب سهام، آن مبلغ را بین مالکان تقسیم می‌کند. به همین جهت، اجبار به فروش را نیز می‌توان نوعی تقسیم غیرمستقیم شمرد.

گفتار سوم: تقسیم عین و منفعت و دین

۳۴۵. تقسیم عین:

عین مال، به طور معمول همراه با منفعت آن است. بنابراین، تقسیم عین باعث جدایی منافع نیز می‌شود و مالک هر حصهٔ مفروز می‌توانند به طور مستقل از آن بهره‌برداری کند. ولی، هرگاه منافع مالی به دیگری تعلق یافته باشد، تقسیم عین به مالکیت او صدمه نمی‌زند.

برای مثال، اگر خانهٔ مشاعی به وسیلهٔ همهٔ شریکان به اجاره داده شود، سپس مالکان عین را بین خود تقسیم کنند، این تجزیه صدمه‌ای به مالکیت مستأجر نمی‌زند. منتها، اگر بخش مشاعی از خانه مورد اجاره واقع شود و آن بخش در حصهٔ یکی از مالکان قرار گیرد، بعد از افراز تنها او موجر به شمار می‌آید و تمام اجاره به او پرداخته می‌شود مگر این که به ترتیب دیگر توافق کرده باشند.

۳۴۶. تقسیم منافع (مهایات):

در صورتی که منافع مالی بین چند نفر مشترک باشد، بی‌گمان شریکان می‌توانند به تراضی آن را تقسیم کنند. منتها، این تقسیم به دو گونه صورت می‌پذیرد: تقسیم به زمان انتفاع (مانند اینکه اتومبیل موضوع انتفاع را هر روز یکی از شریکان استفاده کند) و تقسیم به اجزاء (مانند اینکه هریک از دو اطاق خانه‌ای را شریکی به طور مستقل بردارد)[1]. این تراضی، در حدود مفاد خود الزام‌آور است و لزومی ندارد که به صورت صلح یا یکی دیگر از عقود معین درآید (مادهٔ ۱۰ ق.م.). وانگهی، مبنای الزام‌آور بودن تقسیم (رفع ضرر و تمیز حق) در تقسیم منافع نیز وجود دارد. مهایات در اموالی امکان دارد که با انتفاع از بین نمی‌رود، پس تقسیم منافع در اموال مصرف شدنی، مانند

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، کتاب قضاء، چاپ سنگی، ص ۱۶۴: «المهایاة وهی قسمة المنفعة بالاجزاء او بالزمان» ـ کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۳، ص ۴۳۵.

خوراکی‌ها، ممکن نیست.

در اینکه آیا امکان الزام شریک نیز به این تقسیم وجود دارد یا تنها به تراضی انجام می‌شود، ممکن است گفته شود که اجبار به تقسیم ویژهٔ اعیان مشترک است و در منافع راه ندارد. ولی، این استدلال ضعیف است، چرا که مبنای اجبار و علت آن (رفع ضرر) در هر دو مورد مشترک است و اشاعهٔ در اعیان هیچ خصوصیتی ندارد که حکم را ویژهٔ آن سازد.

این مباحث کم و بیش در موردی که نسبت به عین مشترک مالکان تصمیم و تقسیم منافع می‌گیرند مطرح می‌شود. تقسیم انتفاع از مال مشترک را در اصطلاح «مهایات» می‌گویند. به طور معمول، تقسیم مهایات در صورتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که عین مشترک قابل تقسیم نباشد و مالکان ناچار شوند که برای جلوگیری از ضرر خود به تقسیم منافع دست بزنند. در این فرض نیز تقسیم اجباری امکان دارد و یکی از شریکان می‌تواند الزام دیگران را از دادگاه بخواهد.

به نظر می‌رسد که، در صورت امکان تقسیم ملک نیز شریک بتواند از این راه استفاده کند و تقسیم اجباری را بخواهد. منتها، این اقدام، در غالب موارد کاری بیهوده است، زیرا شریک دیگر می‌تواند با درخواست تقسیم عین آن را بی‌اثر سازد. زیرا ترتیب تقسیم هرچه باشد مقید به وضع اشاعه است و با افراز ملک برهم می‌خورد.

مرسوم است که می‌گویند تقسیم مهایاتی جایز است و هر شریک می‌تواند آن را برهم زند[1]. این گفته، اگر بدین مفهوم باشد که شریک می‌تواند با درخواست تقسیم عین و اجرای افراز از سوی دادگاه، آن را منتفی سازد، درست است. زیرا، چنان که اشاره شد، تقسیم منافع، هرچند به تراضی انجام گیرد، به طور ضمنی مقید به اشاعهٔ ملک است و در اثر افراز هر شریک مالک منافع سهم خود می‌شود. ولی، هرگاه بدین مفهوم باشد که در زمان اشاعه نیز پای‌بند به آن نیست، پذیرفتن آن دشوار به نظر می‌رسد. زیرا، اگر قبول کنیم که اجبار به مهایات امکان دارد، بایستی پذیرفت همان دلیل که اجبار را

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۵۱ ـ شهید ثانی در شرح لمعه (ص ۱۶۳) دربارهٔ این تقسیم می‌نویسد: «... و علی تقدیر الاجابة لایلزم الوفاء بها و یجوز لکل منهما فسخها، فلو استوفی احدهما ففسخ الاخر اوهو کان علیه اجرة حصة الشریک»ـ محمد حسین کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۳، ص ۲۳۵.

ایجاب می‌کند بقای بر آن را نیز ضروری می‌گرداند. در موردی که به تراضی منافع تقسیم می‌شود، قرارداد در حدود مفاد خود نافذ و الزام‌آور است: پس، اگر مقصود اذن در انتفاع باشد جایز است و، هرگاه هدف دادن حق انتفاع یا مبادلهٔ سهم مشاع و مفروز باشد، الزام‌آور است. تمیز حق نیز در حدود مفاد خود، هرچند مقید به اشاعهٔ عین باشد، بایستی رعایت شود.

۳۴۷. تقسیم مطالبات و سرقفلی:

دربارهٔ تقسیم مطالبات مشترک، ممکن است ادعا شود که طلب را پیش از وصول نمی‌توان در زمرهٔ اموال آورد و تقسیم کرد، زیرا احتمال دارد هیچ‌گاه وصول نشود[1]. ولی این ادعا مبالغه‌آمیز است. طلب نیز، مانند عین مال، از اجزاء مثبت دارایی است و در بازار نیز ارزش دارد و احتمال تلف در هر مالی وجود دارد. پس، در امکان تقسیم آن نباید تردید کرد[2].

همین بحث در مورد سرقفلی نیز مطرح می‌شود: بعضی می‌گویند سرقفلی حقی است احتمالی که ممکن است تأدیه نشود و با تخلف مستأجر از بین برود. پس نمی‌توان آن را در سهم یکی از ورثه قرار داد. ولی این گفته قابل انتقاد است، زیرا می‌توان سرقفلی را در بازار فروخت و لزومی ندارد که از موجر گرفته شود. وانگهی، اگر احتمال تلف مال از ارزش آن بکاهد، در مالیت آن ایجاد تردید نمی‌کند.

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۳: قواعد، کتاب دین (جامع‌المقاصد، ج ۲، ص ۵۹).
۲. برای دیدن تمایل بعض از فقها به تقسیم طلب، رجوع شود به: سید محمد کاظم طباطبایی، سؤال و جواب، ج ۱، ببعد و ص ۲۵۲ ببعد.

مبحث دوم: ترتیب تقسیم

۳۴۸. لزوم دخالت همهٔ شریکان در دادرسی:

برای به دست آوردن توافق در تقسیم یا اجبار شریکان، بایستی همهٔ آنان به دادرسی دعوت شوند: یعنی دادخواست افراز به طرفیت همهٔ شرکاء به دادگاه داده شود. زیرا تقسیم تعیین و تمیز حصهٔ درخواست کننده از تمام مال است و، چون سهم شریکان منتشر در این مجموعه است، همه باید در دادرسی شرکت داشته باشند و دادگاه نمی‌تواند جریان تعدیل و استقراع را با دعوت بعض از شرکاء ادامه دهد. پس، باید پذیرفت، دعوی افرازی که به طرفیت بعض از شرکاء اقامه می‌شود قابل استماع نیست (مواد ۳۰۰ و ۳۰۴ ق.ا.ح) و، هرگاه در دعوای پژوهشی نیز همهٔ شریکان طرف دعوا قرار نگیرند، دادگاه می‌تواند قرار رد آن دعوا را بدهد[1].

۳۴۹. لزوم و طرز تعدیل سهام:

در هر مورد که مال مشاعی بین مالکان تقسیم می‌شود، سهام باید تعدیل گردد، خواه تقسیم به افراز باشد یا به تعدیل یا به رد. معنی تعدیل سهام این است که مال مشاع به شمارهٔ کوچک‌ترین آنها به قطعه‌هایی تقسیم شود که از حیث قیمت با هم برابر یا نزدیک

۱. رأی شمارهٔ ۱۴۴۰ ـ ۴۱/۵/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر ابرام قرار صادر از شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان تهران: آرشیو حقوقی کیهان، مجموعهٔ رویهٔ قضایی، آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور از ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ج ۲، شمارهٔ ۱۹۲، ۴۸۸ تا ۴۹۹.

برابری است (تقسیم به رد). برای مثال، هرگاه بخواهند زمینی را بین دو پسر و یک دختر خانواده به میزان میراث آنان تقسیم کنند، چون سهم پسر دو برابر دختر است، زمین بایستی به پنج سهم برابر تقسیم شود. کوچک‌ترین سهم، در این فرض از آن دختر است. پس، برای اینکه سهم او نیز مفروز شود، مبنای تعیین شمارهٔ سهام حصهٔ او قرار می‌گیرد. همچنین، اگر شریکی یک صدم از مزرعه‌ای را مالک باشد، مزرعه بایستی به صد بخش برابر تقسیم شود تا آن شریک معادل سهم خود را بردارد و دیگران، هرچند صدم که از مزرعه را مالکند، به همان اندازه از بخش‌های کوچک و تعدیل شده را تملک می‌کنند.

تقسیم مال مشاع بـه کـوچک‌ترین سـهم، بـدین لحـاظ است کـه افـراز هـمهٔ سـهام امکان‌پذیر شود، ولی، هرگاه یک یا چند شریک درخواست افراز کنند و بقیه مـایل بـه حفظ اشاعه باشند، به نظر می‌رسد که تقسیم مال مشاع به کوچک‌ترین سهم مورد تقاضا کافی باشد و ضرورتی ندارد که به کوچک‌ترین سهم موجود در میان شرکا توجه شود.

برای مثال، هرگاه یک دانگ از زمینی به وراث مالک، که پنج سهم برابر دارند، رسیده باشد و پنج دانگ دیگر متعلق به سه نفر باشد، بدین ترتیب که یک دانگ از آن یکی از شرکا و چهار دانگ متعلق به دو شریک به تساوی تصور شود، و فرض کنیم که مالک یک دانگ درخواست افراز کند، زمین به شش بخش یک دانگی (کوچک‌ترین سهم مـورد تقاضا) تقسیم می‌شود و ضرورتی ندارد که یک پنجم یک دانگ معیار قرار گیرد و زمین به ۳۰ بخش برابر تعدیل شود، مگر اینکه ورثه نیز درخواست افراز سهم خود را بکنند. زیرا، چنان که گفته شد، تقسیم اجباری در بعض سهام ملازمه با تقسیم همهٔ آنها ندارد (مادهٔ ۵۹۶ ق.م.). بنابراین، سهام ورثهٔ مالک یک دانگ می‌تواند به حـال اشـاعه بـاقی بماند.

احتمال دیگر این است که مال مشاع به کوچک‌ترین سهم موجود تقسیم و تـعدیل شود، ولی به هنگام قرعه‌کشی تنها نسبت به سهامی استقراع شـود کـه افـراز را تـقاضا کرده‌اند. اجرای این روش، در جایی که صاحب یکی از بزرگ‌ترین سهام متقاضی است و احتمال می‌رود که در جریان دادرسی دیگران نیز تقسیم سهم خود را درخواست کنند، پسندیده است. همچنین است در فرضی که مال مشاع را نتوان به انـدازهٔ سـهم مـورد

درخواست به تعداد مساوی تقسیم کرد: مانند اینکه، هرگاه مالک چهاردانگ ملکی افراز سهم خود را بخواهد، تعدیل سهام بر مبنای تقسیم به دو سهم برابر چهار دانگی امکان ندارد.

۳۵۰. انتخاب و استقراع:

پس از تعدیل سهام، شریکان می‌توانند با توافق یکدیگر، معادل سهم خود از مال مشاع، از بخش‌ها انتخاب کنند و هیچ نیازی به قرعه‌کشی ندارند. در صورتی هم که مال مشاع دارای اجزایی برابر باشد و به دقت تعدیل شود، به طور معمول احتیاجی به استقراع نیست و هر شریک سهم خود را آزادانه انتخاب می‌کند. برای مثال، هرگاه خرمنی گندم که یک خروار وزن دارد بین پنج برادر تقسیم شود، هرکدام سهمی معادل صد من گندم از خرمن را برمی‌دارد و اختلافی بروز نمی‌کند.

با وجود این، هرگاه در افراز نیز سهام متعلق اغراض خاص باشد و شرکا اختلاف پیدا کنند، قرعه‌کشی راه رفع نزاع است. همچنین است جایی که سهام به قیمت تعدیل شده و هرکدام بخشی از ترکه و نوع خاصی از اموال است، یا قطعه‌هایی از زمین است که از حیث قیمت برابر و از نظر نوع استفاده مختلف است و به طور معمول شرکا نمی‌توانند در انتخاب سهام با هم کنار بیایند. برای پیش‌بینی چنین مواردی است که در پایان مادهٔ ۵۸۹ آمده است: «... و بعد از افراز یا تعدیل، در صورت عدم تراضی بین شرکا، حصص آنها به قرعه معین می‌گردد» و در مادهٔ ۳۱۹ ق.ا.ح. می‌خوانیم: «در صورتی که پس از تعدیل سهام ورثه به تعیین حصه تراضی ننمایند، سهام آنها به قرعه معین می‌شود»

طرز قرعه‌کشی بدین صورت است که نام هر شریک در کاغذی نوشته می‌شود و کاغذها را در ظرفی می‌ریزند، به گونه‌ای که نام‌ها از نظرها پنهان بماند (به طور معمول کاغذها لوله می‌شود) سپس سهام را با شماره یا حرف مشخص می‌کنند و نام هر سهم را در کاغذی می‌نویسند و به همان گونه در ظرف دیگری می‌ریزند. آن گاه، یکی از حاضران کاغذی از ظرف حاوی نام شریکان برمی‌دارد و کاغذی دیگر از ظرف سهام. این سهم از آن کسی است که نام او در نخستین کاغذ است و، هرگاه چند سهم داشته

باشد، به همان اندازه از کاغذهای سهم به نام او برداشته می‌شود، این کار برای سایرین نیز تکرار می‌گردد تا سهم همهٔ شرکاء معین شود.

۳۵۱. ضمانت اجرا : تقسیم بطلان:

ضمانت اجرای ترتیبی که برای تقسیم گفته شد بطلان آن است. چنان که مادهٔ ۶۰۱ ق.م. اعلام می‌کند: «هرگاه بعد از تقسیم معلوم شود که قسمت به غلط واقع شده است تقسیم باطل می‌شود». بنابراین، هرگاه معلوم شود که دادگاه سهام را تعدیل نکرده یا سهم هر شریک را با قرعه معین نساخته است، تقسیم را می‌توان ابطال کرد. مادهٔ ۳۳ ق.آ.د.م. نیز دعوای بطلان تقسیم را پیش‌بینی کرده و رسیدگی به آن را در صلاحیت دادگاهی قرار داده که «تقسیم توسط آن دادگاه به عمل آمده است».

باید افزود که اشتباهی در بطلان مؤثر است که در توزیع عادلانهٔ سهام و تطبیق آن با حصهٔ مشاع مؤثر باشد. برای مثال، در صورتی که در تقسیم ترکه‌ای یکی از اقلام دارایی به کمتر یا بیشتر از ارزش واقعی تقویم شود، تعدیل سهام را برهم می‌زند؛ در حالی که، هرگاه تقسیم ناظر به مال معین باشد و چنین اشتباهی رخ دهد، اثری در تعدیل و نظم عادلانه در توزیع سهام ندارد و به این استناد نباید در اعتبار تقسیم تردید کرد.

۳۵۲. اختلاط مال غیر در تقسیم:

یکی از شایع‌ترین موارد بطلان تقسیم، جایی است که مال غیر نیز در زمرهٔ اموال مشترک درمی‌آید و در تعدیل سهام محاسبه می‌شود: برای مثال، پدر خانواده‌ای فوت می‌کند و فرزندانش بدین پندار که هرچه تصرف دارند به میراث برده‌اند، همه را تقسیم می‌کنند؛ سپس معلوم می‌گردد که بخشی از اموال نزد مورث به امانت بوده است که بایستی به صاحبانش بازگردانده شود. همچنین، گاه اتفاق می‌افتد که یک یا چند وارث، به عمد یا اشتباه، در تصدیق انحصار وراثت اعلام نمی‌شود و بعد از تقسیم ترکه به آن اعتراض می‌کنند.

در این گونه موارد، دادرس با یکی از این صورت‌ها روبرو می‌شود:

۱. گاه مال غیر در تمام حصه‌های معین شده به تناسب و به طور مفروز برابر است، به گونه‌ای که اگر از تمام حصه‌ها جمع‌آوری شود، تعدیل به هم نمی‌خورد: مانند اینکه قطعه زمینی به دو بخش تقسیم می‌شود و آن گاه همسایه ثابت می‌کند که یک متر از تمام ضلع مجاور به ملک او در آن قطعه زمین تصرف و تقسیم شده است. در این فرض، هرگاه بهای زمینی که از دو بخش تقسیم شده کم می‌شود به تناسب برابر باشد، تعدیل به هم نمی‌خورد، مگر اینکه وضع مال غیر باعث از بین رفتن نور یا راه عبور بعضی از سهام شود و تعدیل را برهم زند.

۲. در مورد اشاعهٔ مال غیر در سهام: در موردی که مال مورد تقسیم دارای اجزای مساوی است (مانند برنج و گندم) و سهم وارثی (یا موصی‌له به جزء مشاع) در تعدیل سهام منظور نمی‌شود، احتمال داده شده است که تقسیم درست باشد[1]. در این صورت، همهٔ وراث به تناسب سهم خود جزء مشاعی از حصهٔ آن وارث را با خود دارند و با کسر آن نیز تعدیل برهم نمی‌خورد.

ولی، در صورتی که مال تقسیم شده اجزای برابر نداشته باشد یا نتوان سهم پراکنده شده را بدون ضرر جمع کرد، بی‌گمان تقسیم باطل است. چنان که هرگاه آن مال زمین یا خانه باشد، نمی‌توان وارث به جا مانده را مجبور کرد که، به جای تملک یک سهم کامل در ردیف دیگران، تکه‌های پراکنده و نامرغوب را از این و آن بگیرد، هرچند که از نظر قیمت نیز با دیگران سهمی برابر داشته باشد، مگر اینکه تقسیم به اذن او یا تراضی انجام شود.

۳. در موردی که مال غیر در حصه‌های معین شده به تناسب منظور نشده است و کسر آن تعدیل را برهم می‌زند: مانند اینکه تمام زمین همسایه در سهم یکی از شریکان قرار بگیرد، یا با اینکه سهم شریک نیمی از زمین است دو سوم ملک همسایه در سهم او منظور شود. در چنین صورتی، چون تعدیل سهام برهم می‌خورد، تقسیم نیز باطل است.

مادهٔ ۶۰۲ ق.م. این سه فرض را بدین گونه پیش‌بینی کرده است: «هرگاه بعد از تقسیم

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۵۶ ـ در فقه نیز بعضی، از جمله شیخ طوسی در مبسوط طرفدار صحت تقسیم در بخش باقی مانده است (نقل از: محقق، شرایع، کتاب قضاء ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۳۷۵ ـ سید محمد مجاهد، مناهل، ص ۱۹۳). ولی، به نظر محقق و شهید ثانی، در صورتی تقسیم درست است که به اذن مالک سهم مشاع در مجموع باشد.

معلوم شود که مقدار معینی از اموال تقسیم شده مال غیر بوده است، در صورتی که مال غیر در تمام حصص مفروزاً به تساوی باشد تقسیم صحیح والا باطل است». بنابراین، در فرض دوم (به دلیل اینکه مال غیر در تمام حصص مشاع است نه مفروز) و سوم (به دلیل نامتناسب بودن مال غیر در حصه‌ها) تقسیم باطل است و بایستی دوباره انجام شود[1].
ولی، در فرض نخست، تقسیم برهم نمی‌خورد و مال غیر، که بنا به فرض مفروز است، به مالک آن داده می‌شود. مقصود از «تساوی مال غیر در حصه‌ها» این است که وجود مال غیر از حیث قیمت در آنها به تناسب موجود باشد. چنان که، اگر یکی از دو حصه دو برابر دیگری است، مال غیر نیز در آن دو برابر باشد. وگرنه، گاه که سهام برابر نیست، تساوی مال غیر در آنها، خود باعث اخلال در تعدیل است. در این فرض نیز، چنان که اشاره شد، درستی تعدیل منوط بر این است که برداشتن مال غیر راه عبور یا نور سهم شریکی را نگیرد و پس از وضع آن نیز تعدیل برقرار باشد[2].

درخواست بطلان، به طور معمول زیر عنوان ثالث بر حکم تقسیم انجام می‌شود، مگر در جایی که ثالث مال خود را از شریکی بگیرد و او درخواست ابطال کند.

۳۵۴. حکم استثنایی قانون افراز و فروش املاک مشاع:

گفته شد که درخواست تقسیم، حق هریک از شریکان مال مشاع است. پس، هرگاه وجود چنین حقی مورد نزاع قرار گیرد یا اجرای آن و اجبار شریکان مورد تقاضا واقع شود، دعوا به مفهوم واقعی خود تحقق می‌پذیرد و رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه است. در صورتی که نسبت به اصل تقسیم تراضی شود و شریکان به دنبال راهنمایی باشند که در تمیز و تعیین حق آنان را کمک کند، به ویژه در جایی که خود نیز طرحی برای تقسیم دارند و تنها مایلند که آن را به صورت رسمی درآورند، دخالت مأموران اداری (ثبت یا دفتر اسناد رسمی) مورد پیدا می‌کند. ولی، جایی که نیاز به اجبار هست یا

۱. نظر مشهور در فقه نیز بطلان تقسیم در صورت باقی ماندن حصهٔ مشاع ملک غیر در میان سهام است: رجوع شودبه، همان کتاب‌ها ـ شرح لمعه، کتاب قضاء، ص ۱۹۳ ـ محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۸۳.

۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۴۰.

اختلافی در مالکیت و چگونگی تقسیم وجود دارد، موضوع در صلاحیت خاص محاکم دادگستری است (اصول ۵۷ و ۶۱ قانون اساسی).

با وجود این، در قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب آذر ماه ۵۷، در دعاوی افراز املاک، واحد ثبتی را مرجع نخستین رسیدگی تعیین کرده است و از تصمیم این واحد می‌توان ظرف ده روز به دادگاه شهرستان شکایت کرد تا حکم مقتضی صادر کند (مادهٔ ۲ همان قانون).

در مادهٔ اول قانون می‌خوانیم: «افراز املاک مشاع، که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته، اعم از اینکه در دفتر املاک ثبت شده یا نشده باشد، در صورتی که مورد تقاضای یک یا چند شریک باشد، با واحد ثبتی محلی خواهد بود که ملک مذکور در حوزهٔ آن واقع است. واحد ثبتی، با رعایت کلیهٔ قوانین و مقررات، ملک مورد تقاضا را افراز می‌نماید». این حکم استثنایی و خلاف اصول را باید تفسیر محدود کرد. بنابراین:

۱. در مورد تقسیم اموال منقول، هرچند به طور تبعی در حکم غیرمنقول قرار گرفته باشد، مرجع صالح دادگاه حقوق است. پس، واحد ثبتی، حق رسیدگی دربارهٔ افراز درختان و حیوانات و سایر اشیایی که به زراعت و آبیاری اختصاص یافته است، ندارد. زیرا، به این اموال در عرف «ملک مشاع» گفته نمی‌شود.

۲. در مورد املاک ثبت نشده یا املاکی که جریان ثبتی آنها پایان نیافته است، مرجع صالح برای تقسیم دادگاه است.

۳. در مورد تقسیم ترکه، که مجموعه‌ای از اموال منقول و حقوق مالی و املاک موضوع رسیدگی قرار می‌گیرد، دادگاه صلاحیت دارد، به ویژه که احتمال دارد، در تعدیل سهام، ملکی در سهم یکی از ورثه واقع شود و نیازی به افراز آن نباشد.

۴. هرجا که میان شریکان غایب یا محجوری باشد، تقسیم بایستی در دادگاه انجام پذیرد، هرچند به تراضی باشد. مادهٔ ۳۱۳ ق.ا.ح. نسبت به حکم مادهٔ اول قانون افراز و فروش املاک، از جهت تقسیم املاک مشمول این قانون، خاص و ناظر به افرازی است که میان شریکان غایب و محجور باشد. بنابراین، حکم عام قانون افراز نمی‌تواند، حتی در حدود مفاد خود، ناسخ آن باشد. به ویژه، در فرض ما، که قانون عام خلاف قواعد است و جنبهٔ استثنایی دارد، تخصیص آن به وسیلهٔ مادهٔ ۳۱۳ ق.ا.ح. اولی است.

مبحث سوم: آثار تقسیم

۳۵۴. افراز مال مشاع:

در اثر تقسیم، مال مشاع به صورت بخش‌های مفروز درمی‌آید که به طور مستقل به شریکان تعلق دارد. تقسیم وسیلهٔ انحلال شرکت و پایان اشاعه است. به همین جهت، هر شریک می‌تواند در سهم اختصاصی خود، بسان مالکان مستقل، تصرف کند (مادهٔ ۳۲۵ ق.ا.ح.).

تقسیم مال مشاع، اگر به تراضی انجام شود، اعتبار خود را از قرارداد مبنای آن می‌گیرد و لازم است. در موردی هم که نتیجهٔ حکم دادگاه است، در حدود مفاد حکم از اعتبار امر مختوم برخوردار است. مادهٔ ۵۵۹ ق.م. نیز در بیان همین اعتبار، اعلام می‌کند: «تقسیم، بعد از آنکه صحیحاً واقع شد، لازم است و هیچ یک از شرکا نمی‌تواند، بدون رضای دیگران، از آن رجوع کند».

۳۵۵. اقالهٔ تقسیم:

از مفاد بخش اخیر مادهٔ ۵۹۹ ق.م. برمی‌آید، که شریکان به تراضی می‌توانند تقسیم را برهم زنند و آن را اقاله کنند. این مفهوم، در موردی که تقسیم به تراضی انجام می‌شود، منطقی است. زیرا، تمیز و تعیین حق، در نهان نوعی مبادله را نیز به همراه دارد. پس، همان اراده‌ها که مبادله را به تراضی انجام داده‌اند، این توان را دارند که تقسیم را برهم

زنند و هر سهم را به جای پیشین خود بنشانند[1].

ولی، جایی که تقسیم به حکم دادگاه انجام می‌شود، تراضی نبایستی آن را برهم زند. زیرا وضع جدیدی که با حکم به وجود می‌آید نیروی خود را از توافق اراده‌ها نمی‌گیرد. این اعتبار ناشی از حکم دادگاه و نیروی دولت است. تمیز حق به طور نهایی انجام پذیرفته و مالکیت‌ها اعلام شده است. پس، هرگاه مالکان بخواهند اشاعه را دوباره برقرار سازند، بایستی به اسباب خاص آن توسل جویند.

برای تأیید این نظر، می‌توان در تعبیر مادهٔ ۵۹۹ گفت که قانونگذار به مفهوم مخالف اعلام خود نظر نداشته و تنها می‌خواسته است که لزوم تقسیم را مقرر کند. ولی، در اینکه آیا اقاله نیز، مانند ارادهٔ یکی از شریکان، در برهم زدن تقسیم اثر دارد یا نه، باید به قواعد عمومی رجوع کرد[2]: از این قواعد برمی‌آید که در تقسیم به تراضی اقاله مؤثر است و در انحلال حکم دادگاه اثر ندارد، خواه حکم ناظر به اجبار در تقسیم باشد یا تعدیل و استقراع سهام.

۳۵۶. ظهور عیب در حصهٔ یکی از شریکان:

در مادهٔ ۶۰۰ ق.م. آمده است: «هرگاه در حصهٔ یک یا چند نفر از شرکا عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم به آن نبوده، شریک یا شرکاء مزبور حق دارند تقسیم را برهم زنند». در واقع، وجود عیب ناشناخته از عواملی است که غلط بودن تقسیم و نادرستی تعدیل را نشان می‌دهد. برای مثال، هرگاه بعد از تقسیم مزرعه‌ای معلوم شود که حصهٔ یک یا چند شریک بدون آب یا راه عبور مانده یا در آن شوره‌زاری است که به نظر کارشناس نیامده، چون عیوب در تقویم و تعدیل سهام مؤثر است، هر شریک

۱. در فقه، نسبت به امکان اقاله تردید است و جمعی آن را نپذیرفته‌اند، بر این مبنا که تقسیم معامله نیست تا اقاله در آن راه یابد: سید محمد مجاهد، مناهل، ص ۱۹۴ ـ محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۹۴.

۲. از عبارت بعض از فقهاء نیز همین ترتیب استفاده می‌شود چنانکه صاحب مناهل، پس از اینکه می‌نویسد: «اگر قسمت بر وجه معتبر شرعی تحقق یابد، لازم است و هیچیک از آن دو نمی‌توانند، بدون رضای دیگری تقسیم را برهم زند» (که مانند مادهٔ ۵۹۹ ق.م. است)، اعلام می‌کند: «و اما مع رضا هما به، ففی جواز الفسخ اشکال والاقرب المنع للاصل».

می‌تواند ابطال آن را از دادگاه بخواهد. استماع این درخواست نیز موکول بر این است که با اعتبار امر مختوم تعارض نداشته باشد.

با وجود این، مفاد مادهٔ ۶۰۰ چنان است که گویی مستند حکم «خیار عیب» است: زیرا، در صورتی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، که عیب هنگام تقسیم موجود و پوشیده مانده باشد و شریک زیان‌دیده از وجود آن آگاه نشود و نیز تنها او می‌تواند تقسیم را برهم زند، چنان‌که در خیار عیب آمده است (مواد ۴۲۲ ببعد ق.م.).

در فقه، در این زمینه که آیا وجود عیب در پاره‌ای از سهام باعث بطلان تقسیم است یا به مالکان حصه‌های معیب خیار فسخ می‌دهد، اختلاف وجود دارد و بعض از فقها بطلان را ترجیح داده‌اند[1]. این نظر، با توجه به مفهوم تقسیم در حقوق ما، قوی‌تر به نظر می‌رسد[2]. آنچه مسلم است اینکه شریک مالک حصهٔ معیب حق ندارد مطالبهٔ ارش کند.

۳۵۷. وجود دین در ترکهٔ تقسیم شده:

به موجب مادهٔ ۶۰۶ ق.م.: «هرگاه ترکهٔ میت قبل از اداء دیون او تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هریک از وراث به نسبت سهم او رجوع کند، و اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراث دیگر رجوع نماید».

۳۵۸. مقدمه بحث:

برای فهمیدن مبانی این ماده، بایستی چند نکته را به عنوان مقدمه یادآور شد:

۱. در اینکه آیا پیش از پرداخت دیون ورثه حق تقسیم ترکه را بین خود دارند یا باید به

۱. سید محمد مجاهد، مناهل، ص ۱۹۳ و ۱۹۴ ـ در این کتاب بطلان به علامه در تحریر و صاحب کشف اللثام نسبت داده شده است. می‌توان جمعی از فقها را نیز که عیب را مطرح نساخته‌اند، در این گروه آورد.

۲. علم و جهل شریک به عیب نبایستی اثر داشته باشد. زیرا، بر فرض که شریکی آگاه به وجود عیب در بعض حصه‌ها هنگام تقسیم باشد، چون نمی‌داند که حصه‌های معیب به او می‌رسد یا به دیگری، حق او را در اعتراض به تقسیم غلط از بین نمی‌برد. و این از نقطه‌ضعف‌های نظر طرفداران خیار عیب است.

انتظار تصفیهٔ آن بمانند، اختلاف است[1]. قانون مدنی جایز بودن تقسیم را پذیرفته است، بر این مبنا که، چون تقسیم معامله و بیع نیست، بر فرض که ترکه وثیقهٔ طلبکاران باشد (مادهٔ ۲۲۹ ق.م.)، این حق عینی نیز مانع از تقسیم نمی‌شود، به ویژه که وارثان می‌توانند دین را از مال خود بپردازند و ترکه را نگاه دارند (مادهٔ ۲۲۸ همان قانون).

۲. تقسیم ترکه حقی از طلبکاران زایل نمی‌کند: ترکه همچنان وثیقهٔ آنها است و می‌توانند از هر بخش که باقی مانده باشد، در صورت لزوم، طلب خود را استیفا کنند. این وثیقه، تا وصول تمام دین باقی می‌ماند و پرداخت بخشی از دین باعث آزاد شدن بخشی از ترکه نمی‌شود (مادهٔ ۷۸۳ ق.م.). بنابراین، هرگاه بعد از تقسیم ترکه بعض از ورثه حصهٔ خود را از بین ببرند و معسر شوند، طلبکار می‌تواند، طلب خود را از ترکهٔ موجود استیفا کند؛ برخلاف حقوق فرانسه، که حق وثیقه تا زمان تقسیم ترکه باقی می‌ماند و از آن پس هر وارث تنها نسبت به سهمی که از ترکه می‌برد مسؤول است و ترکه ضمیمهٔ دارایی شخصی او می‌شود[2].

۳. پس از مرگ مدیون، دیون خود به خود بین وراث تقسیم می‌شود و هرکدام، به نسبت سهمی که از ترکه می‌برد، مسؤول ادای دین است: برای مثال، اگر ترکه به دو پسر و یک دختر متوفی برسد، دختر مسؤول پرداخت یک پنجم از دیون پدر است و هر پسر دو پنجم از دیون را به عهده دارد. در نتیجه، طلبکاران یک حق دینی بر هر یک از وارثان به نسبت سهم او دارند و یک حق عینی بر تمام ترکه.

۴. مسؤولیت شخصی هریک از وارثان در برابر طلبکار در صورتی است که ترکه را قبول کرده باشد (مادهٔ ۲۴۸ ق.ا.ح.). قبول ترکه موافق با اصل است و اقدام به تقسیم ترکه خود قرینه بر قبول آن است. مادهٔ ۶۰۶ ق.م. نیز ناظر به موردی است که وراث ترکه را قبول کرده باشند.

۳۵۹. طرح مشکل:

اکنون، پس از این مقدمه‌ها، باید گفت که، وجود دین مانع از تقسیم ترکه نمی‌شود و

۱. دربارهٔ این اختلاف و دیدن نظر مربوط به جواز تقسیم، رجوع شود به: شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۳۶۷ ـ ۳۶۸ ـ محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۸۳.

۲. عقود معین، ج ۴، ش ۱۶۷۰ به بعد، به ویژه ۱۷۷۳.

وراث می‌توانند پیش از پرداخت آن نیز اموال را بین خود تقسیم کنند. طلبکارها نیز در مرحلهٔ نخست باید از حق دینی استفاده کنند و به مدیون رجوع نمایند، چنان‌که در همهٔ دیون با وثیقه نیز قاعده همین است. پس، «طلبکار باید به هریک از وراث به نسبت سهم او رجوع کند»، چرا که پس از فوت مورث آنان بدهکار هستند و، علاوه بر ترکه، دارایی شخصی آنها نیز باید جوابگوی این بدهی باشد.

ضرورت استفاده از وثیقه زمانی احساس می‌شود که یک یا چند تن از وارثان معسر گردند و نتوانند سهم خود را از دین بپردازند. امتناع از پرداخت دین نیز از نظر اصول همین حکم را دارد، چنان‌که پاره‌ای از فقها نیز، در بطلان تقسیم، اشاره به عدم پرداخت دین کرده‌اند، بدون اینکه اعسار را معیار قرار دهند[1]. ولی نویسندگان قانون مدنی از نظری پیروی کرده‌اند که به موجب آن، هرگاه وارثی از پرداخت سهم خود امتناع کند، نصیب خود او باید فروخته شود و این نتیجهٔ درستی تقسیم است.

در هر حال، «اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یامعسرین نیز به وراث دیگر رجوع کند»[2]. زیرا آن‌چه از ترکه نزد او است وثیقهٔ تمام بدهی است نه سهم خود او. بنابراین، طلبکار می‌تواند از این بخش وثیقه طلب خود را استیفا کند. منتها، سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود و از نظرها دور مانده این است که، آیا تقسیم به هم می‌خورد و طلب از تمام ترکه برداشته می‌شود، یا تقسیم به اعتبار خود باقی است و سهم معسر به نسبت بین دیگران تقسیم می‌گردد؟

برای اثبات بطلان تقسیم می‌توان گفت، هرگاه طلبکار تمام یا بخش نامتناسبی از بدهی مورث را از حصهٔ یکی از وراث استیفاکند، تعدیل سهام بر هم می‌خورد و باید آن را باطل دانست. از سوی دیگر، چون هر جزء ترکه وثیقهٔ تمام دین است، نمی‌توان طلبکار را مجبور کرد که بخش متناسب با تعهد هر وارث را از سهم او بردارد. پس، ناچار

۱. محقق در شرایع می‌نویسد: «... فان قام الورثه بالدین لم تبطلوا القسمة و ان امتنعوا نقضت، و قضی منها الدین» ـ همچنین است عبارت شهید اول در دروس، و علامه در قواعد (نقل از: جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۳۶۸).

۲. سؤال مهمی که در این زمینه مطرح می‌شود، این است که آیا ترتیب مذکور در مادهٔ ۶۰۶ ق.م. نتیجهٔ تقسیم ترکه است، یا بایستی آن را پیش از تقسیم نیز رعایت کرد تا طلبکار بتواند در صورت اعسار یک یا چند وارث به دیگران رجوع کند؟ به نظر می‌رسد که تقسیم در این باره نقشی ندارد. منتها، اجرای حق طلبکار بدین صورت است که می‌تواند تمام طلب را از ترکه بردارد.

بایستی تقسیم را بر هم زد و دین را از ترکه برداشت[1].

برعکس، در اثبات اعتبار تقسیم می‌توان استدلال کرد که، معنی مجاز بودن تقسیم ترکه پیش از پرداخت دیون مورث این است که طلبکاران نیز ملزم به مفاد آن شوند: بدین معنی که در برابر آنان نیز وثیقه تقسیم گردد و هر وارث تنها مسؤول حصهٔ خود باشد. پس، اگر وارثی از پرداخت دین امتناع ورزد، تنها سهم او از ترکه فروخته می‌شود و، در صورت از بین رفتن عین ترکه، سایر اجزای دارایی او مورد استفاده قرار می‌گیرد. به طور خلاصه، با تقسیم ترکه، طلب نیز تجزیه می‌شود و دین هر وارث به دارایی او تحمیل می‌گردد و هیچ‌گاه موجب بطلان تقسیم نخواهد شد.

نویسندگان قانون مدنی به ظاهر از نظر اخیر پیروی کرده‌اند، ولی در مادهٔ ۶۰۶ نیامده است که، اگر تقسیم اعتبار دارد و طلب تجزیه شده است، چرا در صورت اعسار یکی از ورثه طلبکار می‌تواند برای سهم او نیز به دیگران رجوع کند و، برعکس، اگر تمام ترکه همچنان وثیقهٔ طلب است، چه عاملی مانع از آن می‌شود که طلبکار تمام حصهٔ یکی از ورثه را بابت طلب خود بردارد؟

حکم مادهٔ ۶۰۶ ق.م.، تا آنجا که نویسنده اطلاع دارد، در فقه سابقه ندارد[2] و احتمال می‌رود که از حقوق فرانسه یا سویس اقتباس شده باشد. نویسندگانی هم که خواسته‌اند مبنایی از قواعد حقوق برای آن بیابند به تکلف افتاده‌اند[3].

آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که هرگاه وارثی پیش از میزان نسبت سهم خود از ترکه دین را بپردازد، می‌تواند به وارث معسر رجوع کند.

۱. همان کتاب‌ها.

۲. محقق قمی، در جامع‌الشتات (ص ۲۸۳) می‌نویسد: «... و در این صورت هرگاه وراث همگی به قدر الحصه دین میت را ادا کردند، قسمت بر حال خود باقی می‌ماند و هرگاه هیچکدام قیام به ادای دین نکنند، حصهٔ همه فروخته می‌شود، یعنی به قدر دین از اصل مال فروخته می‌شود و اگر چیزی برجا بماند ثانیاً قسمت باید کرد. و هرگاه بعضی از آنها به قدر الحصه ادای دین میت نکنند، قسمت در حق آنکه اداء کرد صحیح است و حصهٔ او از برای او باقی است و حصهٔ او که امتناع می‌کند می‌فروشند و بدین می‌دهند.» این حکم را در کتاب سایر فقها نیز کم و بیش می‌توان دید، چنانکه در شرایع آمد.

۳. مصطفی عدل، حقوق مدنی، شمارهٔ ۶۶۱ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۵۸ و ۱۵۹.

عقد صلح

۳۶۰. تقسیم مطالب :

صلح از عقودی است که شناسایی ماهیت آن، مانند بیع و اجاره و هبه، به آسانی امکان ندارد. به ویژه که قانون مدنی هم، به دلیل پیشینهٔ تاریخی آن در فقه امامیه، خالی از ابهام نیست. به همین جهت، فصل نخست به شناسایی ماهیت صلح اختصاص می‌یابد.

فصل دوم، به انعقاد و شرایط صحت صلح اختصاص دارد.

در فصل سوم، از آثار سخن می‌گوییم:

فصل اول

ماهیت صلح

۳۶۱. مفهوم صلح :

صلح در لغت به معنی سازش کردن و آشتی و توافق است[1]. در حقوق پاره‌ای از کشورها نیز عقد صلح تنها به منظور دفع ترافع و پایان بخشیدن به دعوا به کار می‌رود[2]. تعریف صلح در کتابهای مشهور فقه هم نشان می‌دهد که مفهوم صلح از هدف اصلی آن، یعنی توافق و تسالم و سازش، مایه می‌گیرد[3].

قانون مدنی مفهوم گستردهٔ صلح را پذیرفته است. زیرا، در مادهٔ ۷۵۲ اعلام می‌کند: **«صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود»** و در مادهٔ ۷۵۸ آمده است که: **«صلح در مقام معاملات، هرچند نتیجهٔ معامله‌ای را که به جای آن واقع شده است می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصهٔ آن معامله را ندارد. بنابراین، اگر مورد صلح عین باشد در**

۱. دکتر محمد معین، فرهنگ زبان فارسی، ج ۲، ص ۲۱۶۰.

۲. حقوق فرانسه (مادهٔ ۲۰۴۴ ق.م.)، الجزایر (مادهٔ ۴۵۹ ق.م.) ـ در حقوق فرانسه، وجود اختلاف و قصد پایان بخشیدن به آن و گذشت‌های متقابل از ارکان عقد صلح است (پلنیول و ریپر و ساواتیه، ج ۱۱، شمارهٔ ۱۵۶۳ به بعد).

۳. «عقد شرع لقطع التجاذب» (شرایع محقق) یا «عقد شرّع لقطع التنازع» (شرح ارشاد، مقدس اردبیلی). یا «عقد سائغ شرّع لقطع التجاذب» (قواعد علامه).

مقابل عوض، نتیجهٔ آن همان نتیجهٔ بیع خواهد بود، بدون اینکه شرایط و احکام خاصهٔ بیع در آن مجری شود». بدین ترتیب، هیچ محدودیتی برای مورد صلح وجود ندارد؛ قالبی است وسیع‌تر از همهٔ عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است.

۳۶۲. تمیز جوهر صلح :

با مفهوم گسترده‌ای که صلح در حقوق ما پیدا کرده است، تمیز جوهر این عقد و امتیاز آن از سایر عقود دشوار به نظر می‌رسد. برخلاف آنچه از ظاهر مادهٔ ۷۵۸ قانون مدنی بر می‌آید، در عمل همهٔ قراردادها به صورت صلح منعقد نمی‌گردد: برای مثال، ضمان و کفالت و رهن در قالب صلح ارائه نمی‌شود و به طور معمول اثر پنج عمل حقوقی بیع و معاوضه و اجاره و عاریه و ابراء است که به وسیلهٔ صلح نیز به دست می‌آید. با وجود این، تمیز صلح از این اعمال نیز آسان به نظر نمی‌رسد. آیا در موردی که طرفین مبادله نام صلح بر معاملهٔ خود می‌نهند، تنها نام دیگری برای بیع و معاوضه بر می‌گزینند یا تغییر عنوان نشانهٔ وجود هدف و مبنای دیگری است که آن را از بیع و معاوضه ممتاز می‌سازد؟ به بیان دیگر، بین تملیک منافع خانه در برابر عوض معین (اجاره) با صلح منافع در برابر همان عوض، یا فروش عین خانه به ثمن معین با صلح آن در برابر همان ثمن چه تفاوتی وجود دارد؟

در مفهوم و جوهر صلح نوعی «تسالم» یا به بیان دیگر گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می‌کند و به صورت معامله‌ای مستقل در می‌آورد. یعنی در هر مورد که وجود حقی بین دو نفر مشتبه است، یا مورد نزاع قرار گرفته است، یا هدف این است که از تنازع احتمالی پرهیز شود، عقدی که بر این مبنا و گذشت‌های متقابل طرفین واقع می‌شود صلح است، هرچند که نتیجهٔ آن و وسیلهٔ تسالم ایجاد حق یا انتقال یا اسقاط آن باشد.

این تلقی منطقی از صلح، امتیاز این عقد را از سایر قراردادها به خوبی نشان می‌دهد و استقلال آن را در کنار بیع و معاوضه و هبه و اجاره توجیه می‌کند.

ولی، نویسندگان قانون مدنی مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ و ۷۶۲ را چنان تنظیم کرده‌اند که دو نفر، در مقام انجام معامله‌ای مانند بیع و بدون این که قصد تسامح نیز داشته باشند، می‌توانند نام «صلح» را بر معاملهٔ خود نهند و از اجرای تمام احکام مربوط به بیع بگریزند. در این مفهوم گسترده، نه تنها حاکمیت اراده جولانگاه وسیعی می‌یابد، از مرز روابط بین دو طرف عقد نیز فراتر می‌رود و به حقوق اشخاص ثالث تجاوز می‌کند: خریدار و فروشنده همان عمل حقوقی دلخواه را زیر نام «صلح» انجام می‌دهند و حق شفعهٔ شریک فروشنده را از بین می‌برند. در حالی که، با وجود مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، برای تأمین حاکمیت اراده در برابر قوانین تکمیلی نیز نیازی به تمهید چنین قالب وسیعی نیست و در عوض باعث بر هم خوردن نظم عمومی و تسهیل «تقلب نسبت به قانون» می‌شود.

بدین ترتیب، صلح قالبی است وسیع‌تر از همهٔ عقود معین و تمام اعمال حقوقی در آن می‌گنجد و جز این امتیازی بر دیگر عقود ندارد[1].

۳۶۳. قواعد حاکم بر صلح :

در صورتی که صلح به منظور رفع تنازع و پایان بخشیدن به دعوا انجام شود، تابع احکام خاص قانون مدنی و سازش در آئین دادرسی مدنی و قواعد عمومی قراردادها است. در موردی هم که صلح در مقام‌معامله است، نمی‌توان به تناسب ماهیت عمل حقوقی انجام شده قواعد یکی از عقود معین را دربارهٔ طرفین اجرا کرد. انتخاب عنوان «صلح»، معاملهٔ مورد نظر را مصون از تحمل قوانین مربوط به آن معامله می‌کند (مادهٔ ۷۵۸ ق.م.). پس، ناچار باید آن را تابع قواعد عمومی قراردادها دانست و استثناهای آن را در فصل ۱۷ (صلح) جستجو کرد.

با وجود این، برای جلوگیری از سوءاستفادهٔ اشخاص از عنوان صلح، گاه قانونگذار به منظور آنان و ماهیت عملی که انجام می‌دهند بیش از عنوان معامله اهمیت می‌دهد و احکام معامله‌ای

۱. رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۱۰.

راکه صلح در مقام آن واقع شده است مجری می‌داند. از جمله این موارد است:

۱. به موجب مادهٔ یک قانون روابط موجر و مستأجر، در صورتی که تصرف در ملکی به عنوان «صلح منافع» و به منظور اجاره باشد، رابطهٔ مالک با چنین متصرفی تابع قواعد اجاره است.

۲. در مادهٔ ۳۳ قانون ثبت، در موردی که ملکی به عنوان صلح با حق استرداد منتقل شده باشد، تابع قواعد بیع شرط و سایر احکام مربوط به «معاملات با حق استرداد» است[1].

۳۶۴. مادهٔ ۱۰ قانون مدنی و عقد صلح :

گفته شد که، با وجود مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، نیازی نبود که صلح ابتدایی بدون هیچ خصوصیتی پذیرفته شود و وسیلهٔ انواع حیله‌های قانونی فراهم آید. ولی، نباید چنین پنداشت که در وضع کنونی نیز هیچ فایده‌ای مادهٔ ۱۰ در کنار عقد صلح ندارد و این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده است. زیرا، عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیان دیگر، صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است، در حالی که مفاد مادهٔ ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هرگونه لباس و قالب ویژه است و دامنه‌ای گسترده‌تر دارد. برای مثال، اگر مسافری در مهمانسرایی پانسیون شود، نمی‌توان گفت آنان دربارهٔ هزینه‌های مسکن و غذا و خدمات مهمانسرا با هم صلح کرده‌اند. ولی، نفوذ این قرارداد بر مبنای مادهٔ ۱۰ به آسانی قابل توجیه است.

از سوی دیگر، آنچه در قلمرو مادهٔ ۱۰ انجام می‌شود تنها دربارهٔ کسانی مؤثر است که در تراضی شرکت داشته‌اند، در حالی که انتخاب عنوان صلح گاه دربارهٔ دیگران نیز مؤثر است. به عنوان نمونه، هرگاه فروشندهٔ سهم مشاع از ملکی پیمان با خریدار را زیر عنوان «صلح» منعقد سازد، نه تنها از قواعد خاص بیع در رابطهٔ خود با خریدار می‌گریزد، شریک آن ملک را نیز از «حق شفعه» محروم می‌سازد (مادهٔ ۷۵۹ ق.م.).

۱. به موجب مادهٔ ۷۱۹ قانون سابق آئین دادرسی مدنی، قرارداد مربوط به پرداخت خسارت تأدیه بیش از صدی دوازده نامشروع است، هرچند به صورت صلح باشد.

از اینها گذشته، مادهٔ ۱۰ ق.م. اصل «اباحه» را در عقود معین نیز اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همهٔ شرایط و توافق‌هایی را که مخالفت صریح با قواعد امری ندارد نافذ شناخت، ولی استناد به اباحهٔ ناشی از صلح محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. مادهٔ ۱۰ قانون مدنی حاکمیت اراده را درون «عقد صلح» نیز تأمین می‌کند و نقشی مانند حدیث «المؤمنون عند شروطهم» در فقه را دارد.

۳۶۵. صلح در هر حال عقد لازم است :

۱. در موردی که صلح در مقام واقعی خود قرار می‌گیرد و دعوایی را پایان می‌بخشد، بی‌گمان عقد لازمی است که، جز در مورد تخلف شرط یا شرط خیار (که آن هم بر مبنای تراضی است)، قابل فسخ نیست. مادهٔ ۷۶۱ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند: «صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچیک نمی‌تواند آن را فسخ کند، اگرچه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار».

مادهٔ ۱۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی نیز صلحی را که در دادگاه واقع می‌شود یا طرفین در دادگاه به صحت آن اقرار می‌کنند از نظر اجرایی مانند احکام دادگاه می‌داند. در این ماده آمده است که، مفاد صلحنامه نسبت به طرفین و وراث و قائم مقام آنها نافذ و معتبر است و مانند احکام دادگاه‌های دادگستری به موقع اجرا گذاشته می‌شود، اعم از اینکه مورد سازش مخصوص به دعوی مطروحه بوده و یا شامل دعاوی یا امور دیگری باشد.» مادهٔ ۱۸۱ نیز صلحی را که به موجب سند رسمی انجام می‌شود موجب ختم امر در دادگاه می‌داند و اعلام می‌کند که: «... اجرای آن تابع مقررات راجع به اجرای مفاد اسناد لازم‌الاجرا خواهد بود».

۲. دربارهٔ صلح ابتدایی، قانون مدنی به صراحت پاسخ داده است. مادهٔ ۷۶۰ در این باره می‌گوید: «صلح عقد لازم است، اگرچه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله».

۳۶۶. صلح عقد معاوضی است یا مجانی؟

اگر صلح در مفهوم اصلی و محدود خود باقی می‌ماند و اختصاص به رفع تنازع می‌یافت، بی‌گمان در شمار عقود معوض قرار می‌گرفت. زیرا، در موردی که اشخاص دربارهٔ وجود و قلمرو حقی اختلاف دارند و برای روشن شدن آن وضع با هم صلح می‌کنند، هرکدام امتیازی به طرف مقابل می‌دهد و از پاره‌ای ادعاهای خود می‌گذرد تا از زحمت اقامهٔ دعوا و آثار دادرسی بگریزد[۱]. وانگهی، حداقل می‌توان گفت که دو طرف در برابر یکدیگر از حق اقامهٔ دعوا گذشته‌اند[۲]. پاره‌ای از نویسندگان نیز به حق دریافته‌اند که به کار بردن لفظ صلح اقتضای معاوضه را دارد، هرچند که دربارهٔ بخشش مالی باشد[۳].

ولی، با مفهوم گسترده‌ای که قانون مدنی برای صلح برگزیده است، از این وسیله می‌توان برای تملیک مجانی نیز سود برد و صلح، به عنوان عقد مستقل، وصف خاصی ندارد و در تقسیم «عقود معوض و مجانی» نمی‌گنجد. بر همین مبنا نیز در مادهٔ ۷۵۷ آمده است که «صلح بلاعوض نیز جائز است». بنابراین، می‌توان با لفظ صلح مالی را به دیگری بخشید یا حق انتفاع از ملکی را واگذار کرد یا استعمال مالی را برای دیگری مباح ساخت.

با وجود این، در عمل کمتر اتفاق می‌افتد که صلح بدون عوض باشد و دو طرف، خواه برای پرهیز از دادن مالیات بیشتر یا پیروی از مفهوم واقعی صلح، آن را به صورت «صلح محاباتی» در می‌آورند و عوض ناچیزی در برابر آن قرار می‌دهند تا صورت معاوضه را بیابد.

۱. چنان که در حقوق فرانسه، که صلح به توافقی اختصاص یافته است که به دعوا و اختلاف پایان می‌دهد، نویسندگان آن را عقود معوض دانسته‌اند (مازو، ج ۳، شمارهٔ ۱۶۳۴ ـ ریپرو بولانژه، ج ۳، شمارهٔ ۲۴۷۰ ـ کولن و کاپیتان، ج ۲، شمارهٔ ۱۳۸۰ ـ بوآیه (Boyer)، صلح، دالوز، فرهنگ حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۲۷.

۲. بعض از نویسندگان فرانسوی ادعا کرده‌اند که صلح در واقع دربارهٔ حق اقامهٔ دعوا واقع می‌شود (نقل از: مازو، همان کتاب).

۳. «ولنا، ان لفظ الصلح یقتضی المعاوضة، لانه اذا قال: صالحنی بهبة کذا اوعلی نصف هذه العین و نحو هذا، فقد اضاف الیه (باء) المقابلة» (ابن قدامه، ج ۵، ص ۳۶۳).

۳۶۷. آیا درخواست صلح اقرار به حق است؟

در فقه امامیه، صلح با انکار دعوا و اقرار به آن درست است و در این باره ادعای اجماع شده است[۱]. منتها، بسیاری از نویسندگان گفته‌اند، چون احتمال دارد که با انکار مدعی‌علیه نیز مدعی دارای حقی باشد، به ویژه جایی که مفاد ادعا مقرون به دلایل و قرائنی است، با اتکای به این ظاهر صلح نافذ فرض می‌شود. ولی، هرگاه مدعی بداند که حقی ندارد، آنچه را به دست آورده مالک نمی‌شود و تصرف او به دلیل بطلان معاوضه حرام است. مادهٔ ۷۵ قانون مدنی به این بحث پایان داده و به صراحت اعلام می‌کند: «**صلح با انکار دعوا نیز جایز است. بنابراین درخواست صلح اقرار محسوب نمی‌شود**» و مادهٔ ۷۶۱، دربارهٔ بحث اخیر، صلح را قاطع بین طرفین می‌داند[۲].

۱. سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۴۵۸ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۱۲ ـ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۷۳.

۲. بعض از فقهاء تصریح کرده‌اند که، اگر صاحب واقعی حق پس از صلح بتواند آن را با دلایلی اثبات کند، صلح باطل می‌شود و او می‌تواند آنچه را استحقاق داشته است بگیرد (محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۴۲ و ۲۴۳). برای دیدن توضیح بیشتر، رک. عقود معین، ج ۲، ش ۱۷۷.

فصل دوم

انعقاد صلح

۳۶۸. مباحث این فصل :

انعقاد صلح خصوصیتی قابل ذکر ندارد و تابع قواعد عمومی است، ولی شرایط اساسی صحت این عقد را در دو مبحث می‌توان بررسی کرد:

۱) تراضی و اهلیت طرفین،

۲) موضوع صلح.

مبحث نخست، در واقع کامل کنندهٔ بحث‌های مربوط به اصول حاکم بر قراردادها در این زمینه است و ویژگی‌های صلح را نیز گاه نشان می‌دهد. مبحث دوم نیز قلمرو این عقد را در حقوق کنونی روشن می‌سازد و به شناسایی ماهیت پیچیدهٔ صلح کمک می‌کند.

مبحث اول: تراضی و اهلیت

۳۶۹. لزوم تراضی و آثار اثبات آن:

گفته شد که صلح در زمرهٔ عقود است، هرچند که موضوع آن با یک اراده نیز قابل وقوع باشد. بنابراین، اگر ابراء یا فسخ قراردادی به صورت صلح درآید، باید دو طرف دربارهٔ آن تراضی کنند. این تراضی، از زمان وقوع آنان را پای‌بند می‌کند و برای یافتن نفوذ حقوقی به هیچ عامل دیگری نیاز ندارد: برای مثال، اگر هبه به صورت صلح درآید، قبض از شرایط اساسی آن نیست.

با وجود این، در موردی که موضوع صلح انتقال املاک است، در صورتی اعتبار دارد که تراضی در سند رسمی اعلام و در دفتر املاک ثبت شود (مادهٔ ۲۲ ق.ث.). اثبات صلح نیز با سند عادی امکان ندارد و صلحنامه‌ای در دادگاه پذیرفته می‌شود که به صورت سند رسمی تنظیم گردد. با این وصف، صلح را نباید در زمرهٔ عقود تشریفاتی آورد. زیرا، لزوم تنظیم سند رسمی در نقل و انتقال املاک، از قواعد عمومی مربوط به معاملات است و ارتباط به طبیعت صلح ندارد. تنظیم صلحنامهٔ رسمی نیز در اثبات عقد صلح اثر دارد نه وقوع آن[1].

۱. «صلحنامهٔ مندرج در مادهٔ قانون ثبت ظاهر در صلحی است که مبنی بر معامله و نقل و انتقال باشد و شامل مصالحه‌ای که در اثر دعوی و مبنی بر ختم و فصل دعوی صورت گرفته نمی‌باشد» (حکم شمارهٔ ۵۹۲ـ ۱۹/۲/۳۰ دیوان کشور ـ حکم شمارهٔ ۲۰۹۶ ـ ۱۸/۸/۳۱). این احکام ناظر به رأی داورانی است که حق صلح دارند و از این نظر درست است، زیرا آن رأی را نباید صلح قراردادی دانست (مادهٔ ۶۵۹ ق.آ.د.م.
←

در اثبات وقوع صلح باید به دو نکتهٔ مهم نیز توجه داشت:

۱. تنظیم طرح و زمینهٔ صلح و پیشنهاد آن به طرف دعوا را نباید با «عقد صلح» اشتباه کرد و تا زمانی که طرف دیگر آن را امضاء نکرده است، پیشنهادی است که هیچ اثر حقوقی ندارد.

۲. از آن‌جا که صلح به طور معمول ناظر به گذشت‌های متقابل و اسقاط حق است، بایستی وقوع آن را به یقین یا ظنی نزدیک به آن احراز کرد و نمی‌توان به هر قرینه‌ای آن را مفروض پنداشت: برای مثال، اگر زیان دیدهٔ از جرمی پاکتی سربسته را از مسؤول جرم بگیرد، و در برابر گرفتن پاکت و شنیدن این توصیه که از جرم سخنی به میان نیاورد، تشکر کند، نباید به طور قاطع داوری کرد که او تمام نتایج مدنی آن جرم را در مقابل پاکت سربسته صلح کرده است[1]. همچنین، قربانی حادثه‌ای که با مسؤول آن یا مؤسسهٔ بیمه صلح کرده است، تنها دربارهٔ آثاری از حادثه توافق کرده که به آن آگاهی داشته است و نباید زیانها و صدمه‌هایی را که بعدها معلوم می‌شود و در زمان صلح مورد توجه نبوده است مشمول آن قرار داد، مگر این که به طور صریح شرط شود که صلح شامل همهٔ زیان‌های موجود در آینده نیز هست (مادهٔ ۷۶۶ ق.م.).

۳۷۰. لزوم تصریح به نمایندگی :

به موجب بند ۳ از مادهٔ ۳۵ قانون آئین دادرسی مدنی، اختیار صلح باید در وکالتنامه تصریح شود، وگرنه وکیل در دعوا نمی‌تواند آن را به صلح خاتمه دهد. این قاعده در مواردی که وکالت به طور مطلق و برای تمام امور موکل است و باید محدود به امور اداری باشد (مادهٔ ۶۱۱ ق.م.) رعایت نمی‌شود. بنابراین، اگر نماینده یا مدیر عمومی مؤسسه‌ای برای انجام امور اداری نیاز به صلح داشته باشد، حق دارد به وکالت آن را انجام دهد. همچنین است در مورد قیم و امین. منتهی، از جهت حفظ حقوق محجورین و تأمین نظارت مقام‌های عمومی در این باره، صلح باید با تصویب مدعی‌العموم انجام شود.

→

پیشین). ولی در سایر موارد تفاوتی بین صلح دعوی و... صلح در مقام معامله وجود ندارد و از مفاد مادهٔ ۶۵۹ نمی‌توان چنین استنباط کرد که در صلح دعاوی تنظیم سند رسمی ضرورت ندارد، زیرا قیاس مع‌الفارق است.

۱. پلنیول و ریپر، همان کتاب، ش ۱۵۷ ـ دادگاه رن (فرانسه)، ۱۷ فوریه ۱۹۰۵، دالوز ۱۹۰۶، ۲، ۷۹.

مادهٔ ۱۲۴۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قیم نمی‌تواند دعوی مربوط به مولی‌علیه را به صلح خاتمه دهد، مگر با تصویب مدعی‌العموم» و مادهٔ ۱۱۹ قانون امور حسبی همین حکم را در مورد صلح امین غایب و جنین نیز جاری می‌داند.

۳۷۱. عیوب اراده:

در حقوق ما عیوب اراده منحصر به اشتباه و اکراه است[۱]. در غالب مواردی هم که برای یکی از دو طرف خیار فسخ به وجود می‌آید، به ویژه در مورد تدلیس، نمی‌توان اثری را که تخلف عقد از انتظار و هدف آنان در اراده دارد انکار کرد[۲]. ولی، در تاریخ حقوق ما مبنای این اختیار را «جبران ضرر» یا «تبانی و شرط ضمنی» دانسته‌اند نه عیب اراده. به همین جهت نیز قانون مدنی اثر استفاده از «حق خیار» را ناظر به آینده قرار داده است.

در مورد اکراه، صلح تابع قواعد عمومی قراردادها است. «صلح به اکراه نافذ نیست» (مادهٔ ۷۶۳ ق.م.)، و مکره می‌تواند آن را تنفیذ کند. ولی، در مورد اشتباه مادهٔ ۷۶۲ قانون مدنی حاوی حکمی است که باید مورد بررسی قرار گیرد. به موجب این ماده: «اگر در **طرف مصالحه و یا مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد، صلح باطل است**»:

۱. **اشتباه در طرف مصالحه:** مادهٔ ۷۶۲ از مادهٔ ۲۰۵۳ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است. در حقوق این کشور، صلح تنها به منظور رفع تنازع کنونی یا آینده واقع می‌شود و همراه با گذشت‌های متقابل و اسقاط حق است. پس، شخصیت طرف صلح «علت عمدهٔ» عقد است و اشتباه در آن مؤثر در نفوذ عقد خواهد بود. در حقوق ما که صلح می‌تواند به جای عقود معاوضی نشیند و هیچ تسامحی در آن ملحوظ نباشد، این حکم نامتناسب‌تر و بیشتر خلاف اصول می‌نماید. در هر حال، این پرسش را به درستی نمی‌توان پاسخ گفت که چرا صلحی که در آن ملاحظات مربوط به شخصیت طرف علت عمدهٔ تراضی نیست، اشتباه در این شخصیت باید موجب بطلان صلح باشد؟ به همین

۱. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۸۹.
۲. همان کتاب، ش ۹۸.

جهت، باید مفاد مادهٔ ۷۶۲ را ویژهٔ صلحی دانست که در آن شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد است، خواه صلح ناظر به دعاوی یا در مقام معامله باشد.

در واقع قانونگذار در مقام بیان شرایط تأثیر اشتباه، که به طور معمول در قواعد عمومی معاملات می‌آید، نبوده است و می‌خواسته اعلام کند در صلح نیز اشتباه را باید در زمرهٔ عیوب تراضی آورد و از این جهت استثنایی وجود ندارد.

نکتهٔ دیگری که دربارهٔ مفاد مادهٔ ۷۶۲ باید افزود این است که، اجمال مادهٔ ۲۰۱ قانون مدنی را بدین وسیله از بین می‌برد و نشان می‌دهد که معنی «خلل» در آن ماده، بطلان عقد است یا دست کم در صلح بدین معنی باید حمل شود.

۲. **اشتباه در موضوع صلح**: در این مورد نیز اشتباه در صورتی مؤثر است که راجع به «خود موضوع معامله»، یعنی اوصاف اساسی آن باشد (مادهٔ ۲۰۰ ق.م.)[۱]. به اضافه، صلح را نباید از موارد استثنایی اثر اشتباه شمرد. اگر اثر اشتباه بطلان معامله باشد، این حکم در صلح نیز جاری است و، هرگاه این اثر «عدم نفوذ» تعبیر شود، صلح نیز تابع آن است. پس، تصمیم قاطع را باید در قواعد عمومی معاملات گرفت و، چنان که در آن کتاب آمده است، حکم به بطلان از نظر حقوقی قوی‌تر است[۲] و از نظر مصلحت عدم نفوذ ترجیح دارد.

۳۷۲. اشتباه در جهت، صلح مبتنی بر معاملهٔ باطل :

قانون مدنی دربارهٔ اثر اشتباه در جهت صلح حکمی ندارد. مادهٔ ۷۶۵ یکی از مصداقهای آن را بدین شرح بیان می‌کند: «**صلح دعوا مبتنی بر معاملهٔ باطله باطل است، ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است**». بدین ترتیب، هرگاه دو تن بدین پندار که بیعی درست است دربارهٔ اختلاف خود نسبت به خیار یا غبن یا حق شفعه با هم صلح کنند و معلوم شود که بیع از اساس باطل بوده است، صلح آنان نیز باطل است.

۱. همان کتاب، ش ۹۳.

۲. همان کتاب، ش ۹۷ ـ برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: دکتر جعفری لنگرودی، رهن ـ صلح، ش ۱۸۸.

دربارهٔ دلیل بطلان صلح گفته شده است که، چون وجود صلح فرع بر درستی بیع است و جنبهٔ تبعی دارد، با معلوم شدن بطلان بیع، موضوع صلح نیز منتفی است. بدین ترتیب، صلح مبتنی بر معاملهٔ باطل، در واقع صورت خاصی از صلح بدون موضوع (مادهٔ ۷۶۷ ق.م.) است[1]. این استدلال در بسیاری از موارد درست است، ولی گاه به دشواری می‌توان پذیرفت که صلح مبتنی بر معاملهٔ باطل بدون موضوع است.

فرض کنیم شخصی بر مبنای تعهد ناشی از معاملهٔ باطل اجرای کاری را از دیگری مطالبه می‌کند یا به دلیل عدم انجام تعهد از او مبلغی خسارت می‌خواهد و دو طرف دربارهٔ آن کار یا مبلغ با هم صلح می‌کنند، بر این مبنا که تعهدی وجود داشته است. در این فرض، صلح موضوع دارد (انجام کار یا خواستن مبلغ)، ولی آنچه سبب بطلان آن می‌شود، اشتباه در جهت صلح یا اعتقاد به درستی معامله است. بنابراین، دلیل واقعی بطلان صلحی که بر معاملهٔ باطل مبتنی شده «اشتباه در جهت صلح» است. به همین جهت هم، اگر طرفین دعوا آگاه از بطلان باشند ولی بخواهند دربارهٔ دعوای مطالبهٔ پول یا انجام دادن کاری با هم صلح کنند، مانعی وجود ندارد و باید صلح را نافذ دانست[2].

اکنون باید دید «صلح دعوا ناشی از بطلان معامله» چه مفهومی دارد و چرا برخلاف «صلح مبتنی بر معاملهٔ باطل» نافذ است؟ این دعوا در دو مورد فرض می‌شود:

۱) معامله‌ای واقع شده است و یکی از دو طرف ادعای بطلان آن را دارد و دو طرف این دعوا را به صلح خاتمه می‌دهند.

۲) بطلان معامله‌ای معلوم است. ولی، دعوای ناشی از آثار این بطلان (مانند خسارت ناشی از فریب دادن یکی از دو طرف معامله یا دعوای مربوط به بازگرداندن دو عوض) به صلح منتهی می‌شود.

در هر دو مورد، بطلان معامله امری ناشناخته نیست و اشتباه در جهت صلح وجود ندارد. پس، دو طرف می‌توانند دربارهٔ موضوع دعوا آگاهانه صلح کنند.

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۱۹ ـ دکتر جعفری لنگرودی، رهن، صلح، شمارهٔ ۴۶ ـ مصطفی عدل، شمارهٔ ۸۰۰ ـ محمد بروجردی عبده، ص ۴۰۰.

۲. رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۲، ش ۱۹۲.

با وجود این، صلح نمی‌تواند سرپوش ایجاد اثر برای معاملهٔ باطلی شود که با نظم عمومی ارتباط دارد. بنابراین، اگر دربارهٔ بطلان نکاح با محارم یا طلاق باطل یا معامله‌ای که دارای جهت نامشروع است انجام شود، به دلیل نامشروع بودن موضوع آن اثری ندارد و نمی‌تواند مانع طرح دعوای بطلان چنین اعمالی شود. در سایر موارد بطلان نیز، اگر شخص ثالثی به آن استناد کند، اثر حکم بطلان در روابط بین دو طرف صلح ظاهر می‌شود. ولی، در جایی که معامله غیرنافذ است و دلیل عدم نفوذ با صلح از میان می‌رود، صلح نافذ است و معامله را تنفیذ می‌کند، مانند این که مکره و طرف معامله دربارهٔ آثار و شرایط آن با یکدیگر صلح کنند.

۳۷۳. اهلیت معامله و اهلیت تصرف :

در مادهٔ ۷۵۳ قانون مدنی آمده است که: **«برای صحت صلح، طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح را داشته باشند».** بنابراین، در صلح دو نوع اهلیت لازم است:

۱) اهلیت معامله ۲) اهلیت تصرف در مورد صلح.

نوع نخست، همان اهلیت متعارف در معاملات است و اصطلاح «اهلیت» در معنی درست خود به کار رفته است. ولی، دربارهٔ اختیار تصرف در مورد صلح، آوردن اصطلاح «اهلیت» ناروا است. بدیهی است مصالح باید مالک باشد، ورشکسته نباشد و مورد صلح در رهن دیگری نباشد، ولی این شرایط را با اهلیت نباید اشتباه کرد. به ویژه، در روابط بین‌المللی که به موجب بسیاری از نظام‌های حقوقی و از جمله ایران (مواد ۶ و ۷ ق.م.) اشخاص از حیث اهلیت تابع قانون دولت متبوع خود هستند، مخلوط ساختن آن با مالکیت و ورشکستگی اشکال‌های گوناگون به بار می‌آورد. پس، برای پرهیز از این اختلاط، از این پس آن را «جواز تصرف» می‌نامیم و می‌گوئیم طرفین باید «جایزالتصرف» باشند:

۱. **اهلیت معامله:** در حقوق کشورهایی که صلح تنها به منظور رفع تنازع و همراه با گذشت‌های متقابل به کار می‌رود، گفته می‌شود که طرفین باید اهلیت لازم برای انجام معاملهٔ معوض را داشته باشند (مادهٔ ۴۶۰ قانون مدنی الجزایر). ولی، در حقوق ما که

ممکن است صلح در مقام رفع تنازع یا معاملهٔ معوض و مجانی به کار رود، اهلیت لازم برای انعقاد صلح همیشه یکسان نیست.

برای مثال، در موردی که صلح مجانی است و مالی به طرف دیگر تملیک می‌شود، این شخص می‌تواند سفیه و صغیر ممیز باشد (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ ق.م.).

۲. **جواز تصرف**: جواز تصرف در دو فرض مطرح می‌شود و با اهلیت تفاوت دارد:

۱) **ورشکستگی**: تاجر ورشکسته از تاریخ توقف از مداخله در تمام اموال خود ممنوع است (مادهٔ ۴۱۸ ق.ت.) و بنابراین نمی‌تواند دعاوی خود را به صلح خاتمه دهد. به اضافه، در بند اول مادهٔ ۴۲۳ قانون تجارت و در زمرهٔ معاملات باطل تاجر متوقف آمده است: «... ۱. هر صلح محاباتی یا هبه و به طور کلی هر نقل و انتقال بلاعوض، اعم از اینکه راجع به منقول یا غیرمنقول باشد...». هر صلح که متضمن تأدیهٔ قرض ورشکسته باشد نیز باطل است (بند ۲ همان ماده).

این ممنوعیت، به لحاظ حفظ حقوق طلبکاران است نه عدم اهلیت تاجر. هیأت طلبکاران قائم مقام او است و می‌تواند دعاوی او را به صلح خاتمه دهد (مادهٔ ۴۵۸ ق.ت.)، منتها این صلح، به ویژه در موردی که موضوع آن اهمیت دارد، با نظارت و تصویب دادگاه نافذ است و ورشکسته می‌تواند به آن اعتراض کند (مادهٔ ۴۵۹ همان قانون) و باید به هنگام صلح دعوت به حضور شود.

۲) **تعلق موضوع به دیگری**: اگر موضوع صلح به دیگری تعلق داشته باشد، صلح تابع قواعد حاکم بر معامله به مال غیر است. همچنین، هرگاه مورد صلح در رهن دیگری باشد، معامله در حکم فضولی است. داشتن حق انتفاع و ارتفاق و مالکیت منفعت ثالث، با نفوذ صلح به وسیلهٔ مالک منافاتی ندارد. زیرا، او هرچه را در زمان صلح دارد به متصالح تملیک می‌کند و حقوق دیگران محفوظ می‌ماند.

مبحث دوم: موضوع صلح

۳۷۴. اثر انتفاء موضوع:

موضوع صلح ابتدائی باید هنگام تراضی موجود باشد. پس، اگر کسی مالی را به صلح تملیک کند و بعد معلوم شود که در زمان عقد از بین رفته بوده است، صلح باطل است. ولی، در مورد صلح دعاوی، لزومی ندارد که دعوا محقق باشد. چنان که گفته شد، دربارهٔ تنازع احتمالی آینده نیز می‌توان پیمانی بست که از آن احتراز شود. با وجود این، هرگاه در این مورد نیز معلوم شود که موضوع دعوا منتفی بوده است، صلح اثر حقوقی ندارد. این است که مادهٔ ۷۶۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «**اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است صلح باطل است**».

بنابراین، اگر دو طرف دعوا آن را به صلح خاتمه دهند ولی بعد معلوم شود که دعوا به حکم قطعی از بین رفته است، صلح باطل است. همچنین است صلح دربارهٔ دعوای حضانت از طفلی که فوت کرده یا نفقهٔ زنی که همسر مرد نبوده است... و مانند اینها.

در توجیه بطلان صلح، می‌توان گاه به اشتباه دربارهٔ جوهر موضوع یا «جهت معامله» نیز استناد کرد، ولی در هر حال نسبت به بطلان عقد تردیدی وجود ندارد.

۳۷۵. بطلان صلح نامشروع:

در مادهٔ ۷۵۴ قانون مدنی آمده است: «**هر صلح نافذ است، جز صلح بر امری که غیرمشروع باشد**». بخش نخست ماده، اصلی را بیان می‌کند که به موجب آن، هر صلح

را باید نافذ شمرد و بطلان آن نیاز به دلیل دارد. این اصل، با آن‌چه در مادهٔ ۱۰ قانون مدنی نسبت به قراردادهای خصوصی آمده است شباهت کامل دارد و باعث می‌شود تا موضوع صلح گسترش یابد و محدود به هیچ قیدی نشود. بدین ترتیب، انواع اموال (اعم از عین و منفعت) و حقوق (اعم از حق انتفاع و ارتفاق) ممکن است موضوع صلح واقع گردد.

ولی، بخش دوم ماده، که استثناء وارد بر اصل را معین می‌کند، مجمل است، زیرا به درستی معلوم نمی‌کند که چه امری را باید نامشروع شمرد.

فقیهان در این باره گفته‌اند: هر صلح که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند نامشروع است[1]. این توضیح نیز مشکلی را حل نمی‌کند. زیرا، می‌دانیم که آنچه بر مبنای قوانین تکمیلی و به صورت حق برای اشخاص مقرر شده است، می‌تواند اسقاط شود و به طور معمول مورد انتقال قرارگیرد. برعکس، آنچه به موجب قوانین امری مقرر شده و در زمرهٔ احکام آمده است، قابلیت اسقاط و انتقال را ندارد و تراضی بر دگرگون ساختن آن اقدام در تغییر حرام و حلال قانونی است. پس، در هر مرحلهٔ نخست، باید دید آیا حقی که موضوع صلح قرار می‌گیرد در زمرهٔ حقوقی است که قابلیت تصرف به وسیلهٔ صلح را دارد[2]، یا باید آن را در زمرهٔ احکام یا حقوق غیرقابل تصرف شمرد؟

به عنوان نتیجهٔ بحث‌ها، می‌توان گفت، صلحی که موضوع آن قابل اسقاط و انتقال نباشد یا صلحی که عمل حقوقی موضوع آن با طبیعت حق مورد نزاع و قواعد مربوط به نظم عمومی در تعارض باشد (مانند انتقال حق شفعه، یا اسقاط حضانت، یا فروش و تقسیم مال موقوفه) باطل است.

بر این مبنا، هر چند که حقوقدانان ما به آن تصریح نکرده‌اند، احوال شخصی و اهلیت اشخاص و بیشتر روابط خانوادگی نمی‌تواند موضوع صلح قرار گیرد. برای مثال، حق

۱. محقق شرایع، کتاب صلح ـ علامهٔ حلی، قواعد، کتاب صلح (مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۴۵۵ به بعد)ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۱۵ شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۲۶۷.

۲. برای مثال حق شفعه قابل انتقال به دیگری نیست ولی قابل اسقاط است. پس می‌تواند موضوع صلحی قرارگیرد که نتیجهٔ آن اسقاط حق شفعه است. ولی نمی‌شود آن را به موجب صلح منتقل کرد.

زوجیت را نمی‌توان به وسیله صلح اسقاط یا به دیگری منتقل کرد، یا حضانت را به دیگران واگذار کرد، یا شخصی را در زمرهٔ محجوران آورد، یا جدایی زن و شوهر را مقرر داشت، یا وارثی را از شمار وارثان خارج یا تکلیف تمکین را از بین برد... و مانند اینها.

وانگهی، از حکم مادهٔ ۲۱۵ قانون مدنی چنین بر می‌آید که، عناصر شخصیّت و اهلیت، موضوع هیچ قراردادی، و از جمله صلح، قرار نمی‌گیرد[۱].

دربارهٔ الزام به انفاق به زوجه و خویشان، هیچ مانعی ندارد که دو طرف دربارهٔ میزان آن با یکدیگر صلح کنند، ولی این میزان نباید از مقداری که برای ادامهٔ زندگی متعارف مستحقان نفقه لازم است کمتر باشد و منتهی به سقوط حق نفقه شود.

تعیین میزان نفقه نیز نمی‌تواند دائمی باشد و تغییر هزینهٔ زندگی و شرایط دو طرف دادگاه را مجاز به تجدید رسیدگی و اظهارنظر در این باره می‌کند[۲].

۳۷۶. آیا لزومی دارد که موضوع صلح معلوم باشد :

در این باره قانون مدنی حکمی ندارد. بر طبق قواعد عمومی نیز مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاص که علم اجمالی به آن کافی است (مادهٔ ۲۱۶ ق.م.). پس، باید دید آیا صلح در زمرهٔ آن موارد خاص است، یا موضوع آن بایستی معلوم باشد؟

پاسخ این پرسش بستگی به حل مسألهٔ دیگری دارد که به عنوان مقدمه باید حل شود. مسأله مقدماتی بدین شرح خلاصه می‌شود که، آیا موارد خاصی را که علم اجمالی به مورد معامله کافی است قانون معین می‌کند یا از راه عرف و اجرای اصول کلی نیز می‌توان این استثناها را به دست آورد؟

اگر احتمال نخست پذیرفته شود، بیگمان صلح در آن زمره نیست، زیرا مانند ضمان تصریح به کفایت به علم اجمالی به مورد آن نشده است (مادهٔ ۶۹۴ ق.م.). ولی باید از

۱. ریپر و بولانژه، ج ۳، ش ۲۴۷۳.

۲. دربارهٔ صلحی که به قصد فرار از دین واقع شده و به این دلیل نامشروع است، رک. عقود معین، ج ۲، ش ۱۹۷، ص ۳۴۳، پاورقی ۳.

این همه احتیاط و خشکی پرهیز کرد. رسالت اصلی قانون رفع نیازهای مشروع زندگی اجتماعی است. این نیازها دائم در حال تغییر و تحول است و احکام همه چیز را نمی‌توان در متون قوانین یافت. بیگمان، بر مبنای نیاز عمومی یا عرف نباید استثنا از قواعد کلی ایجاد کرد، لیکن در موضعی که قانونگذار خود پیش‌بینی کرده است که حکم عام او در پاره‌ای موارد عادلانه نیست و موارد خاص باید از آن استثنا شود، در واقع جواز استناد به منابع دیگر حقوق را صادر کرده است.

صلح به منظور رفع تنازع اشخاص دربارهٔ وجود و چگونگی و قلمرو «حق» تشریع شده است، و اگر گاه در مقام معامله از آن استفاده می‌شود، نباید این گسترش قلمرو هدف اصلی عقد را از خاطره‌ها ببرد. گروه بزرگی از اختلاف‌ها ناشی از آگاه نبودن اشخاص به حدود قلمرو حق مورد نزاع است. بنابراین، چگونه می‌توان مورد استفاده از صلح را محدود به فرضی ساخت که دو طرف به مورد آن آگاهی کامل دارند؟

در موردی هم که صلح در مقام معاملهٔ دیگری به کار می‌رود، اختیار عنوان «صلح» خود نشانهٔ آن است که داد و ستد بر مبنای مسامحه انجام می‌شود و سختگیری‌های سایر معاملات را در آن نباید کرد. مردم، در کنار داد و ستدهای متعارف و سودجوئی‌های روزانه، نیاز عاطفی و مادی دارند که گاه به تسامح و اصلاح بنشینند و اختلاف‌ها را دوستانه حل کنند. صلح وسیلهٔ رفع این نیاز است و نباید آن را با بیع و اجاره و مانند اینها اشتباه کرد.

۲۷۷. امکان صلح دربارهٔ دعوای خصوصی ناشی از جرم :

به موجب مادهٔ ۷۵۶ قانون مدنی: «**حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود ممکن است مورد صلح واقع شود**». این ماده ناظر به زیان‌های ناشی از جرم است و به دعوای عمومی دادستان ارتباط ندارد. تعقیب جرائم، از مسائل مربوط به نظم عمومی است و صلح بین دادستان با متهم یا صلح زیان‌دیدهٔ از جرم اثری در آن ندارد، مگر در مواردی که قانون اجازه دهد (مانند جرائم مالیاتی). با وجود این، در جرائمی که تعقیب مجرم منوط به شکایت مدعی خصوصی است، صلح این مدعی با مرتکب دربارهٔ شکایت از مجرم

باعث از بین رفتن دعوای عمومی نیز می‌شود.

نکته‌ای که از نظرها دور مانده است و نیاز به تصریح دارد، این است که نفوذ صلح دربارهٔ حقوق خصوصی ناشی از جرم ناظر به بعد از وقوع آن است؛ زمانی که عقد صلح مجرمی را تشویق به ارتکاب بزه نمی‌کند و حق مدعی خصوصی نیز تحقق یافته است. ولی، پیش از وقوع جرم، دربارهٔ آثار احتمالی آن نمی‌شود صلح کرد. زیرا، حقی را که به وجود نیامده است نمی‌توان اسقاط کرد یا به دیگری منتقل ساخت. وانگهی، امکان چنین صلحی وسیلهٔ فرار از آثار مدنی جرم را فراهم می‌سازد و از این جهت برخلاف نظم عمومی است.

فصل سوم

آثار صلح

الف : در رابطهٔ دو طرف

۴۷۸. اثر ساقط کنندهٔ صلح؛ صلح اسقاط :

۱. صلحی که به منظور رفع تنازع واقع می‌شود قاطع دعوا است: بدین معنی که موضوع آن را نمی‌توان در دادگاه مطرح ساخت و امری را که برخلاف مفاد صلح یا تکرار و تأیید آن است از دادگاه تقاضا کرد. از این جهت، اثر صلح با حکم شباهت پیدا می‌کند: حکم اعتبار امر مختوم را دارد و بر این مبنا می‌توان به جریان دادرسی ایراد کرد. صلح نیز قاطع دعوا است و حق اقامهٔ آن را ساقط می‌کند و می‌تواند مبنای ایراد بر طرح دوبارهٔ آن قرار گیرد. این ایراد، در صورتی پذیرفته می‌شود که شرایط ایراد امر مختوم جمع باشد، یعنی دعوا بین همان اشخاص و دربارهٔ موضوع صلح باشد و تغییر سبب نیز نتواند آن را دگرگون سازد[1].

هرگاه در دعوایی ایراد شود که پیش از آن به صلح پایان یافته است، طرف دعوا می‌تواند ابطال آن صلح را ضمن دعوای اصلی یا طاری از دادگاه بخواهد یا به عنوان دفاع و پاسخ به ایراد به بطلان صلح استناد کند و آن را نباید با دعوای مختوم (به موجب حکم) قیاس کرد و رسیدگی به ادعای بطلان را منوط به اقامهٔ دعوای اصلی و مستقل ساخت.

همچنین است، در موردی که شخص ثالثی وارد دعوا شود و به بطلان صلحی که به

۱. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی، ش ۱۱۸ به بعد.

حقوق او زیان رسانده است استناد کند. در این فرض نیز دادرس باید به این ادعا رسیدگی کند و حق ندارد، به این استناد که صلح مانع از تجدید رسیدگی است، دعوای ورود ثالث را رد کند.

۲. در صلح ابتدائی نیز ممکن است عقد به منظور اسقاط حق انجام شود: مانند این که شخص طلب خود را از دیگری ساقط کند (ابراء) یا حق خیار و تحجیر و شفعه و اولویت در انتفاع از اموال عمومی و مانند اینها را اسقاط کند. در این فرض، اگر دعوایی بر مبنای مطالبهٔ حق ساقط شده اقامه شود، می‌توان به صلحی که نتیجهٔ آن اسقاط حق است، به عنوان دفاع ماهوی، استناد کرد و دادگاه، در صورت احراز وقوع صلح، مدعی را به بیحقی محکوم می‌کند.

۳۷۹. اثر اعلام کنندهٔ صلح :

در صلح دعاوی، اثر متعارف عقد اعلام حقی است که دو طرف پیش از وقوع آن داشته‌اند، مگر این که در آن به وقوع تراضی بر ایجاد یا انتقال حق تصریح شود یا از قرائن برآید[1]. بیگمان، در هر صلح دو طرف کم و بیش گذشت‌هایی در برابر یکدیگر می‌کنند، ولی فرض این است که آنچه به جای مانده و در صلح آمده است، بقیهٔ همان حقوق پیشین است که در مفاد عقد اعلام می‌شود. از فرض اعلامی بودن صلح نتایج گوناگونی گرفته شده است که پاره‌ای از آنها قابل انتقاد به نظر می‌رسد[2].

۳۸۰. اثر ایجاد کنندهٔ حق :

اثر صلح را نباید محدود به اعلام حق کرد: در صلح دعاوی، سقوط حق اقامهٔ دعوا از آثار اجتناب‌ناپذیر این عقد است، یعنی اخبار به حق و سقوط آن همراه یکدیگر است. از

۱. میرزا قمی در جامع‌الشتات، (ص ۲۵۳) می‌نویسد: «... می‌توان گفت که لفظ صلح ظاهر است در حقوق سابقه نه در انشاء حق جدید، مثل این که دینی در ذمهٔ کسی باشد و مقر به آن باشد و نزاعی هم نباشد نه مثل این که شخصی خواهد که مال خود را منتقل کند به فرزند خود یا به مرد صالحی به عنوان صلح...».

۲. رک. عقود معین، ج ۳، ش ۲۰۳.

سوی دیگر، به طور معمول دو طرف دعوا به تمیز حق مورد نزاع قناعت نمی‌کنند و شروط و تعهداتی بر آن می‌افزایند که بی‌گمان باعث ایجاد و انتقال حق است، به گونه‌ای که گاه صلح اسقاط و اعلام و ایجاد کنندهٔ حق در یک پیمان جمع است و عقد هر سه چهره را با هم دارد.

در صلح ابتدائی نیز این اختلاط محسوس و شدیدتر است: در معاملات، یا تعهدی به وجود می‌آید یا منتقل و اسقاط می‌شود و صلح نیز، در مقام هر معامله که واقع شود، همان اثر را دارد (مادهٔ ۷۵۸ ق.م.). وانگهی، صلح وسیلهٔ تسالم و تسامح است و به طور معمول همراه با گذشت‌های متقابل، یعنی اسقاط پاره‌ای حقوق، است و گاه نیز با اخبار به حق مخلوط می‌شود.

از اینها گذشته، گاه هدف از صلح این است که تملیک یا ایجاد تعهد به دلخواه انجام شود و گریز از اجرای قوانین و آثار خاص عقود آسان گردد؛ چنان که تملیک عین به عوض معلوم را به صورت صلح در می‌آورند تا از ایجاد خیار مجلس و تأخیر ثمن و حیوان و ایجاد حق شفعه پرهیز کنند، یا بر تملیک منفعت در برابر عوض معلوم نام صلح می‌نهند تا از قواعد ویژهٔ اجارهٔ املاک بگریزند (که این حیله ممنوع شده است)، یا بخشش مالی را به صورت صلح در می‌آورند تا قبض شرط صحت آن نباشد... و مانند اینها.

بنابراین، اثر تأسیسی عقد صلح را در کنار اثر اسقاط و اعلام حق باید پذیرفت و بر این مبنا اقسام صلح را معین کرد.

ب. نسبت به *اشخاص ثالث*

۳۸۱. اثر *نسبی صلح* :

اثر عقد صلح، مانند سایر قراردادها، نسبی و محدود به کسانی است که آن را منعقد ساخته‌اند. بنابراین، اگر در دعوایی که بین چند تن جریان دارد میان دو نفر از آنان صلح شود، این عقد اثری دربارهٔ سایرین ندارد. همچنین، صلحی که بین زیان‌دیدهٔ اصلی و مسؤول حادثه واقع می‌شود، دربارهٔ وارثان قربانی که زیان‌های شخصی و خاص خود را می‌خواهند اثر ندارد.

ولی، عقد صلح، به عنوان پدیده‌ای اجتماعی، در برابر اشخاص ثالث، در جایی که اثر عقد اعلام و اخبار به حق است، آثار نامطلوب و غیرعادلانه‌ای به بار می‌آورد. زیرا، فرض این است که حقوق متصالح درگذشته اعلام می‌شود و این اخبار قراردادهایی را که مصالح پیش از آن دربارهٔ مورد صلح منعقد کرده است بی‌اعتبار می‌سازد.

فرض کنیم شخصی اتومبیل مورد تصرف خود را برای مدتی اجاره می‌دهد و پس از آن بیگانه‌ای بر او دعوای مالکیت می‌کند و دعوا بدین گونه صلح می‌شود که متصرف مالکیت مدعی را می‌پذیرد و او نیز قبول می‌کند که مبلغی به متصرف بدهکار بوده است. اگر این صلح در برابر مستأجر اتومبیل قابل استناد باشد، بر مبنای نفوذ آن، عقد اجاره باطل خواهد شد. زیرا، مفاد صلح نشان می‌دهد که موجر مالک مورد اجاره نبوده است. وانگهی، مستأجر قائم مقام موجر در مالکیت منافع است و اقرار و پیمان انتقال دهنده دربارهٔ او نیز مؤثر واقع می‌شود.

برای جلوگیری از این نتیجه، مستأجر می‌تواند، با اثبات حیلهٔ موجر و این که موضوع صلح به دیگری تعلق داشته است، در مقام دفاع یا اقامهٔ دعوا، بطلان صلح را از دادگاه بخواهد. در واقع، مستأجر باید ثابت کند که در زمان اجاره اتومبیل به موجر تعلق داشته است و اثر صلح تنها اخبار به حق نبوده و وسیلهٔ انتقال قرار گرفته است.

بر طبق مفاد مادهٔ ۷۶۱ قانون مدنی، صلح بین طرفین قاطع است و کسانی که در انعقاد صلح دخالت نداشته‌اند می‌توانند بر آن اعتراض کنند.

۳۸۲. اثر صلح به نفع شخص ثالث :

نسبی بودن اثر صلح با نفوذ شرط به نفع شخص ثالث منافات ندارد. نفوذ تعهدی که در قراردادها به سود ثالث می‌شود، در واقع استثنایی است عمومی که مخصص قاعدهٔ نسبی بودن اثر قراردادها است (مواد ۲۳۱ و ۱۹۶ ق.م.). بنابراین، در عقد صلح می‌توان شرط کرد که یکی از دو طرف کاری را برای شخص ثالث انجام دهد یا مبلغی به او بپردازد.

به اضافه، در عقد صلح پیش‌بینی شده است که «تعهد به نفع ثالث» یکی از دو عوض صلح و در زمرهٔ تعهدهای اصلی قرار گیرد. به مفاد مادهٔ ۷۶۸ توجه کنید: «در عقد صلح،

ممکن است احد طرفین در عوض مال‌الصلحی که می‌گیرد متعهد شود که نفقهٔ معینی، همه ساله یا همه ماهه، تا مدت معین تأدیه کند. این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود».

مادهٔ ۷۶۹ نیز در تکمیل نهادی که پیش‌بینی شده است مقرر می‌دارد: **«در تعهد مذکوره در مادهٔ قبل، به نفع هرکس که واقع شده باشد، ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وارث او داده شود»**. این قاعده، از احکام خاص عقد صلح است که بتوان تعهدی را به سود معدوم (در زمان عقد) ایجاد کرد.

به موجب مادهٔ ۷۷۰: **«صلحی که بر طبق دو مادهٔ فوق واقع می‌شود به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه فسخ نمی‌شود، مگر اینکه شرط شده باشد»**.

۳۸۳. اثر صلح به زیان اشخاص ثالث :

گذشته از صلحی که حاوی تعهد به سود شخص ثالث است، گاه در اثر تغییر عنوان عقود دیگر و انتخاب عنوان صلح، این عقد به زیان اشخاص ثالث تمام می‌شود. برای مثال، بیعی که به صورت صلح درآمده است، حق شفعهٔ شریک فروشنده را از بین می‌برد. همچنین، عنوان صلح می‌تواند وسیلهٔ فرار از اجرای تعهد یکی از دو طرف آن در برابر شخص ثالث شود: فرض کنیم، خریدار زمینی در برابر فروشندهٔ آن تعهد کند که سهم مشاعی از زمین را به دیگری نفروشد. در این صورت، هرگاه خریدار سهمی از زمین را به دیگری صلح کند، از مفاد تعهد تجاوز نکرده است، مگر این که معلوم شود مقصود تملیک سهم مشاع بوده است.

از لحاظ نظری، می‌توان گفت که صلح هیچ اثری در حقوق ثالث نکرده است و تغییر عنوان موجب می‌شود که حقی برای ثالث به وجود نیاید و موضوع تعهد دگرگون شود. ولی، با مبنایی که قانونگذار ما برای مفهوم صلح برگزیده است، اشخاص به آسانی می‌توانند به منظور فرار از اجرای قواعد حقوقی، حتی آنها که جنبهٔ امری دارد، با هم تبانی کنند. بنابراین، هیچ مانعی ندارد تا شریکی که قصد فروش ملک خود را دارد تنها نام صلح بر آن نهد و از ایجاد حق شفعه برای شریک جلوگیری کند.

فهرست تحلیلی عنوانها

صفحه

عقد بیع

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

فهرست الفبایی

عددها مربوط به شمارهٔ عنوانها است.

الف